GABRIEL JAMUR GOMES

RELAÇÕES CONTRATUAIS DE COMERCIALIZAÇÃO NA REGULAÇÃO JURÍDICA DO MERCADO BRASILEIRO DE ENERGIA ELÉTRICA

CURITIBA

2013

GABRIEL JAMUR GOMES

RELAÇÕES CONTRATUAIS DE COMERCIALIZAÇÃO NA REGULAÇÃO JURÍDICA DO MERCADO BRASILEIRO DE ENERGIA ELÉTRICA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin.

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

RELAÇÕES CONTRATUAIS DE COMERCIALIZAÇÃO DE ELETRICIDADE NA REGULAÇÃO JURÍDICA DO MERCADO BRASILEIRO DE ENERGIA ELÉTRICA

GABRIEL JAMUR GOMES

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dra. Teresa Ancona Lopez
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 12 de dezembro de 2013.

Aos meus pais e à Dês,
por tudo, sempre.

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor Luiz Edson Fachin, pelo incondicional apoio e orientação ao longo desse caminhar.

À Dês pelo afeto, compreensão, auxílio e ajuda em todas as horas, fáceis ou difíceis.

Aos meus amigos e afilhados Melina e Marcos, Renata e Guilherme pelos livros, pela leitura do texto e por me aguentarem ficar discorrendo sobre energia elétrica no jantar, tomando algo, ao telefone, pessoalmente...

Ao Prof. Egon Bockmann Moreira, pela usual dedicação, livros e instigantes provocações.

Às minhas sócias Adriana e Cláudia, e toda a equipe da minha segunda casa, Jéssica, Shirley, Ana, Diego, Karla, Vitto, Naãma e Clarissa, pela amizade e suporte, mesmo durante minhas ausências.

Aos Professores, colegas, e demais servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, pela seriedade e por fazerem deste um dos melhores programas de pós-graduação *strictu sensu* em Direito do Brasil.

Aos professores e colegas do Núcleo de Pesquisa de Energia e Políticas Públicas e do Grupo de Planejamento Energético e Políticas Públicas da FIEP, Prof. Túlio, Prof. Clodomiro, Profa. Anne Marlen, Lilian, Nelson, Daniel, Augusto, Neide, e todos os demais, por me ajudarem compreender a beleza e complexidade do tema da energia.

Ao Dr. Guilherme Amintas, pelos diálogos sobre energia, pelos livros e dedicatórias.

Aos colegas do Núcleo de Pesquisa Virada de Copérnico, por me ajudarem a pensar além da margem.

Aos meus pais, irmãos e toda minha família, por serem ao mesmo tempo minha base e meu norte, por compreenderem que mesmo quando estão longe, estão perto em meu coração.

À Maria Emília, Sr. Roberto, Pedro e Danielle, por me acolherem incondicionalmente.

Aos amigos, Otávio, Vitória, Godoy, Hugo, Fábio, Giovanna, Leonardo, Sandro, Claudia, Rene, Christiane, Heloísa, Murilo, Samir, Maurício, Sílvia, Noa, Paula, Camila, Uiara, Ricardo, Miguel, Rafael, Francisco, Fernanda, Juliano, Ângela, e todos os demais, por serem minha segunda família ao longo de todos esses anos.

Resta essa faculdade incoercível de sonhar,
De transfigurar a realidade, dentro dessa incapacidade
De aceita-la tal como é, e essa visão
Ampla dos acontecimentos, e essa impressionante

E desnecessária presciência, e essa memória anterior
De mundos inexistentes, e esse heroísmo
Estático, e essa pequenina luz indecifrável
A que às vezes os poetas dão o nome de esperança.

Vinícius de Moraes, poeta e diplomata, o branco mais preto do Brasil.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS

ACL - Ambiente de Comercialização Livre

ACR - Ambiente de Contratação Regulada

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica

ASMAE - Administradora do Mercado Atacadista de Energia

CCC - Conta de Consumo de Combustíveis

CCEAL - Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Livre

CCEAR - Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado

CCEE - Câmara de Comercialização de Contratos de Energia Elétrica

CCEI - Contratos de Comercialização de Energia Incentivada

CCOI - Comitês de Coordenação da Operação Interligada

CEDAW - Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher

CGE - Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica

CHERP - Companhia Hidrelétrica do Rio Pardo

CHESF - Companhia Hidro Elétrica do São Francisco

CMO - Custo Marginal de Operação

CMSE - Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico

CNAEE - Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica

CNPJ - Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica

CSA - Contratos de Serviços Ancilares

DESC - Comitê de Monitoramento do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais

DNAEE - Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica

EBR - Energia Sustentável do Brasil

ELETROBRÁS - Centrais Elétricas Brasileiras S.A.

ELETRONORTE - Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A.

ELETROSUL - Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A.

EPE - Empresa de Pesquisa Energética

FMI - Fundo Monetário Internacional

FURNAS - Furnas Centrais Elétricas S.A

GCOI - Grupo de Coordenação da Operação Interligada
IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDH - Índice de Desenvolvimento Humano
IEA - Agência Internacional de Energia
IGI - Inspetoria Geral de Iluminação
IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MAE - Mercado Atacadista de Energia
MME - Ministério das Minas e Energia
MME - Modelo Institucional do Setor Elétrico
MRE - Mecanismo Realocação de Energia
NOS - Operador Nacional do Sistema
OMC - Organização Internacional do Comércio
PCH - Pequenas Centrais Hidrelétricas
PIE - Produtores Independentes de Energia
PLD - Preço de Liquidação de Diferenças
PND - Programa Nacional de Desestatização
PPT - Programa Prioritário de Termeletricidade
RE-SEB - Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro
REVISE - Reestruturação Institucional do Setor Elétrico
SIN - Sistema Integrado Nacional
UHE - Usinas Hidrelétricas
USELPA - Usinas Elétricas do Paranapanema

RESUMO

Os processos de privatização do setor elétrico ocorridos no Brasil a partir da década de 1990 objetivaram a inserção da competição na cadeia produtiva de eletricidade, a partir de relações de troca entre agentes públicos e privados. A reestruturação setorial se deu por meio de duas grandes reformas. A primeira, denominada Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (RE-SEB) ou "Novo Modelo do Setor Elétrico", instituída principalmente pelas Leis n.º 9.074/1995, 9.427/1996 e 9.648/1998, construiu um modelo híbrido de competição no atacado e no varejo, em um regime de livre contratação de energia. No entanto, devido à crise energética de 2001, o setor foi novamente reestruturado por meio das Leis n.º 10.847/2004 e 10.848/2004. Esta segunda reforma, comumente apresentada como "Novíssimo Modelo do Setor Elétrico", teve por objetivo a construção de um modelo competitivo de comprador único e de varejo, com maior intervenção estatal nas relações contratuais firmadas pelos agentes. A nota caracterizadora de ambas as reformas decorre do fato que as operações econômicas de base passam a se dar mediante relações contratuais entabuladas pelos diversos agentes da cadeia produtiva. No entanto, a disciplina clássica contratual, assentada nos princípios liberais do contrato (autonomia da vontade, força obrigatória e relatividade dos efeitos do contrato) mostra-se insuficiente para dar conta da disciplina de tais relações. Para tanto, é necessário analisar o fenômeno sob uma perspectiva constitucionalizada de contrato, informada pelos microssistemas formados pela estrutura regulatória, de modo a conjugar os interesses imediatos dos contratantes com os interesses mediatos da sociedade, tendo em vista a essencialidade e o custo social da energia elétrica. Desta forma, o trabalho é dividido em duas partes. Na primeira, apresenta-se o quadro normativo que ampara as relações contratuais em questão. Para tanto, são inicialmente analisadas as relações entre as dinâmicas de atuação do Estado na economia e as respectivas transformações na contratualidade. Em seguida, são apresentadas problematizações referentes ao bem "energia elétrica", principalmente no que toca sua essencialidade e seu custo social. Na sequência, é feita a exposição dos diferentes modelos competitivos do setor elétrico e as diferentes fases pelas quais passou a conformação do setor no Brasil até a atual estrutura regulatória. Finalmente, são introduzidos os agentes da cadeia produtiva de energia. A segunda se centra nos contratos de comercialização em si. Desta feita, inicia-se apresentando algumas problematizações referentes à aplicação da teoria contratual à operação econômica de comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional. Posteriormente, verifica-se a possibilidade de aplicação da estrutura típica do contrato de compra e venda a tal operação econômica. É, então, exposto como ao plano bilateral da comercialização de energia se integra um plano plurilateral, sobre a possibilidade da articulação destes sob a forma de redes contratuais. Devido a essa estruturação, passa-se a indagar como se dão as consequências do inadimplemento em tal estrutura contratual. A partir daí são apresentadas as diferentes modalidades contratuais de compra e venda de energia no Ambiente de Contratação Livre e no Ambiente de Contratação Regulada.

ABSTRACT

Starting in the 1990s, the privatization process in the electricity sector was meant to establish competition in the electricity supply chain, based on exchanges between the private and public sectors. Restructuring happened under two major reforms. The first, called Restructuring of the Brazilian Electricity Sector (RE-SEB) – or "New Model of the Electricity Sector", implemented mainly by federal laws 9,074/1995, 9,427/1996, and 9,648/1998, set a hybrid standard for retail and wholesale electricity competition, under a free trade system. As the 2001 energy crisis hit, the area was again restructured under federal laws 10,847/2004 and 10,848/2004. This second change, usually referred to as "Newest Model of the Electricity Sector", would establish a competition model based on an individual retail buyer, with higher state intervention on the contracts signed. The distinguishing aspect of both reforms stems from the fact that basic economic transactions now happen under contractual relationships governed by the several parties involved in the production chain. However, the classic contracts theory, under the liberal principles of contracts (free will, binding contracts, and relativity of the effects of the contracts) shows itself as not capable of ruling these relationships. For that to happen, we must analyze the situation under a constitutional understanding of the contract, held in place by the microsystems set by the legal infrastructure, in such a way that the immediate needs of the contracting parties and the mediate needs of society are united with electricity's social cost and character of essentiality. Thus, this work is divided in two parts. First, we introduce the regulation infrastructure that supports the contractual relationships under consideration. For that matter, initially we go through the relations between the state interventions on the economy and the subsequent effects on the contracts. Then, we present studies pertaining to electricity as a good, mainly when it comes to its social cost. Next, the different models of competition in the electricity sector are considered, as are the stages by which the Brazilian model went through, until reaching the current structure. Finally, the study faces the parties involved in the electricity production chain. Second, the research focus on the trading contracts themselves. Starting with some problems that arise from applying classic contract theory to the practical economics of trading electricity on the National Interconnected System. Later, we check the possibility of applying a typical purchasing and selling contract to this operation. We then consider how to integrate a bilateral and a multilateral plan of energy trading, possibly combining them under a contract network. Given this structure, we question the consequences of contract delinquency, and from there go to the different types of transactions in the Free Contract Environment and the Administered Contract Environment.

INTRODUÇÃO

Na mitologia grega, o roubo do fogo de Hefesto por Prometeu, conduz o homem a ser expulso do convívio com os deuses e condenado a viver seu destino, separadamente. Prometeu teria cometido tamanho desatino para não ficar à mercê dos deuses, para dominar seu destino e não ficar subjugado.

A metáfora contida no mito de Prometeu liga o domínio à energia. O domínio do calor com a descoberta do fogo, da energia solar nos primórdios da agricultura, da tração animal, da força das águas e do vento, da máquina a vapor no início na Primeira Revolução Industrial, da eletricidade e do motor a combustão na Segunda Revolução Industrial, da energia nuclear na Terceira Revolução Industrial ou Revolução Tecno-Científica, e assim continua. Sem que se esteja aqui a adotar uma visão linear e evolutiva da história, nem a inferir que esta está estritamente atrelada a avanços energéticos, é possível indicar que o domínio da energia é uma questão de grande relevância para a história humana desde seu início.

Nesse campo, especialmente a energia elétrica assume importância crucial para a sociedade contemporânea, uma vez que representa instrumento de acesso a necessidades essenciais humanas básicas, desde as mais elementares como luz e calor, até o atendimento de anseios como informação, educação, dentre outros. No entanto, a geração em larga escala de eletricidade não ocorre sem custos para a sociedade como um todo, uma vez que demanda pesados recursos das mais diversas espécies para a sua produção, sejam eles: econômicos, sociais, ou mesmo ambientais.

Portanto, a necessidade de compatibilização da garantia de segurança energética com os seus custos sociais de produção, é uma preocupação que está no centro do debate no Estado da contemporaneidade. Em outras palavras, é necessário, por um lado, ampliar o máximo possível o parque gerador, de forma a executar ou atrair o maior número de investimentos para tanto. Por outro, almeja-se que os custos dessa energia sejam os mais baixos possíveis, tanto no plano econômico, quanto no plano socioambiental. No caso brasileiro, diversas foram as reformas setoriais implementadas desde a instalação das primeiras lâmpadas

elétricas na Estação da Corte por D. Pedro II, em 1879, até os dias atuais. Todas essas tiveram por intuito, de uma forma ou de outra, a persecução de tais objetivos, e no centro dessas mudanças, esteve a todo o momento em discussão o papel do Estado e dos agentes privados no referido processo.

É nesse horizonte e sob tal recorte que se põe em cena esta pesquisa. Capta esta investigação esse arco histórico e se agasalha nas reformas setoriais mais recentes, mais especificamente aquelas ocorridas a partir da década de 1990, as quais possuíam por fulcro recuar a atuação estatal a fim de atrair o capital privado, por meio da inserção da competição na cadeia produtiva de energia. Tais medidas romperam com o modelo de monopólio estatal até então vigente e permitiram o ingresso de novos atores que passariam a estabelecer relações entre si, em uma zona de confluência dos espaços público e privado. E como um dos principais elementos de articulação dessa estrutura está a figura do contrato, principalmente no que toca as operações econômicas levadas a cabo por tais agentes. Esses relacionamentos se dão por meio de contratos múltiplos e plurais, com matizes públicos e privados, que se encontram entrelaçados de modo indissociável.

Não sem razão, o trabalho que se apresenta interroga de qual contrato está a se tratar aqui? Certamente, não o contrato entendido meramente como um livre acordo de vontades entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, que pode fazer-se como lei entre as partes por meio da *pacta sunt servanda* e está encoberto pela inviolabilidade frente ao Estado e à coletividade. Sob o paradigma liberal, o contrato, sem o influxo da ordem constitucional, fica inteiramente entregue aos poderes privados em geral e à *lex mercatoria*. Esse contrato do modelo codificado novecentista é inservível para explicar as relações de troca no setor de energia elétrica. Insular, estático, não dá conta da simultânea pluralidade de atores envolvidos, nem da dinamicidade necessária em que as partes assumem múltiplas posições entre si e com o resto dos agentes de mercado e estatais, e menos ainda da existência de interesses públicos e privados que devem ser a todo o momento compatibilizados.

Matizada nessa demanda e superação de sentido, apresenta-se a análise dessas relações a partir de uma visão de contrato constitucionalizada, com seu

núcleo hermenêutico-axiológico assentado no princípio da dignidade da pessoa humana, proclamado no art. 1°, III, da Carta Magna. Nesse sentido, capta-se que a Constituição passa a exercer a função ordenadora do sistema jurídico como um todo e, em tal modelo, o sujeito deixa de ser mero detentor de direitos frente ao Estado, passando este último a também possuir a obrigação de garantir níveis mínimos de efetividade desses direitos. Desta forma, a Constituição Federal de 1988 eleva a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e supremo valor do sistema jurídico e, em especial, dos direitos fundamentais. Nesse passo, o art. 170, da CF/1988, estabelece que os princípios gerais da ordem econômica terão por finalidade garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Deve-se, portanto, partir de uma visão de contrato funcionalizada, que seja permeada por tais valores.

Esse é o desafio aqui imposto ao presente estudo, qual seja, analisar de forma crítica as modalidades e os caracteres essenciais dos contratos de energia elétrica no Brasil, sob a perspectiva do direito civil-constitucional contemporâneo. É um modo de ver, aberto ao debate constante e sem presunção de exclusão ou de exaustão temática.

Anote-se, uma vez que tal relacionamento é precipuamente econômico-comercial, o recorte temático a ser adotado estará centrado apenas nos contratos de comercialização de energia elétrica no âmbito do Sistema Interligado Nacional.

Não será objeto deste estudo a análise de algumas figuras contratuais. Excluir-se-á, por conseguinte, a análise de outras modalidades contratuais do setor, tais como: Contrato de Conexão; Contrato de Prestação de Serviços de Transmissão e Distribuição; Contratos de Serviços Ancilares (CSA); entre outros. Cumpre, assim, delimitar e bem explicitar o núcleo das articulações desta dissertação e a circunferência de suas conexões.

Sem embargo de sua inegável relevância em termos gerais, não será analisada a questão do serviço público no setor de energia, bem como os respectivos contratos e os regimes de outorga da relação dos agentes setoriais (de geração, transmissão, distribuição e comercialização) com o Poder Público. Tal opção se dá pela dificuldade de precisar um conceito de serviço público que seja suficiente para abarcar a integralidade das relações existentes no setor elétrico,

quanto pela recomendação metodológica da verticalização temática. Seja qual for o conceito de serviço público, dentre as múltiplas possibilidades encontradas na literatura, sejam estes de caráter material, formal ou subjetivo, é possível a apresentação de objeções sérias, que demandariam a construção de uma interpretação que ultrapassaria o escopo dessa dissertação. Aliás, seria uma obra acadêmica em si mesma.[1] Por outro lado, entendeu-se que não seria correto com um tema de tamanha relevância simplesmente adotar o posicionamento de determinado autor e fechar os olhos para as objeções existentes.

No mesmo sentido e sob os mesmos fundamentos, outro aspecto de grande importância que também restou excluído foi a definição de um regime jurídico de direito público ou de direito privado para cada uma das relações contratuais aqui tratadas. Tanto em razão da insustentabilidade da dicotomia entre essas categorias, quanto em função de dúvidas da relevância de tal divisão no direito brasileiro contemporâneo. Parte-se da premissa de superação de tal dicotomia entre os regimes, que vista sob os olhos de administrativistas, ainda que sob premissas distintas, poderia talvez ser enquadrada sob a categoria do direito privado administrativo.[2] Veja-se que mesmo as justificativas de exclusão desses temas do âmbito da pesquisa demandariam um processo analítico amplo, que paradoxalmente, também ultrapassaria o escopo da presente pesquisa. Não é demais ressaltar que a difícil decisão de excluir esses temas não se deve à atribuição de menor importância a eles, pelo contrário, se dá em razão justamente da destacada relevância que possuem.

Dentre as múltiplas faces que o problema apresenta, o olhar aqui proposto se dá no plano da relação obrigacional, sob a perspectiva do direito privado banhado pela luz da principiologia axiológica de índole constitucional.

As reformas institucionais no Setor Elétrico são demasiadamente recentes,

---

[1] A tal respeito, ver, por exemplo, a obra de Luiz Gustavo Kaercher Loureiro que trata do tema: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

[2] Como, por exemplo, o fazem com ousadia no direito brasileiro os professores Almiro do Couto e Silva e Egon Bockmann Moreira nos respectivos trabalhos: SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"? *Revista da Procuradoria Geral do Estado do RS*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 211, 2004. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 62.

sendo a última grande reforma setorial realizada apenas em 2004, de tal sorte que não existem, ainda, abundantes estudos aprofundados especificamente sobre a temática dos contratos de comercialização de energia no Brasil, constituindo verdadeira lacuna no corpo do conhecimento jurídico pátrio. Os estudos existentes se referem principalmente à modelagem regulatória do Setor Elétrico e às diversas mudanças institucionais que nele ocorreram, principalmente sob o ponto de vista do Direito Regulatório.[3] Não obstante, impende ir além. Não basta a mera compreensão dos marcos institucionais regulatórios supramencionados, sob pena de se analisar a questão de um espectro estático e centrado na figura do Estado.

A temática é mais ampla do que tal perspectiva, posto que é necessário também voltar os olhos especificamente para a conformação jurídica das relações existentes entre os sujeitos participantes de um mercado de relevante interesse público. Para tanto, é imperativa uma análise transversal, que perpasse as diversas lentes das disciplinas do ordenamento jurídico, atravessando as fronteiras das racionalidades pública e privada que regem esse relacionamento. Em outras palavras, não basta analisar o cenário e o roteiro, é preciso observar como os atores efetivamente exercem seus papéis na peça.

Sob essa direção bussolar, expõe-se aqui o tema situado numa área de sobreposição entre o direito privado e o direito público, dos quais a separação absoluta não corresponde mais aos ditames da realidade. Os contratos, porque influem na vida privada dos sujeitos contratantes, tradicionalmente são estudados pelo direito privado. Contratos que envolvem comercialização de energia elétrica não restringem seus efeitos apenas aos sujeitos contratantes, seu reflexo é muito mais denso, eis que envolvem acesso a direitos fundamentais, daí a razão pela qual acabam envolvendo aspectos do direito público, o que bem demonstra a insuficiência da apontada dicotomia.

É, portanto, de indiscutível relevância um olhar que conjugue ambos os planos, a respeito das relações contratuais existentes entre os supramencionados atores ante a importância que o setor tem para a garantia de direitos fundamentais

---

[3] Para citar três exemplos: LANDAU, Elena (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história*.* São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. t. 1. CAMPOS, Clever Mazzoni. *Curso básico de direito de energia elétrica*. São Paulo: Synergia, 2010.

básicos da população e para o desenvolvimento do país.

Desta feita, o trabalho aqui proposto intenciona apresentar e analisar criticamente, sob a perspectiva dos institutos do Direito Civil contemporâneo, as relações contratuais de comercialização de energia nos mercados cativo e livre do setor elétrico brasileiro, de forma a suprir a mencionada lacuna localizada no corpo do conhecimento jurídico pátrio.

A exposição do tema foi dividida em duas grandes partes:

Na primeira, pretende-se, de forma ampla, a apresentação do quadro normativo que ampara as relações contratuais aqui analisadas. Para tanto, são inicialmente analisadas as relações entre as dinâmicas de atuação do Estado na economia e as respectivas transformações na contratualidade. Em seguida, são apresentadas problematizações referentes ao bem ‘energia elétrica’, principalmente no que toca sua essencialidade e seu custo social. Na sequência, é feita a exposição dos diferentes modelos competitivos do setor elétrico e as diferentes fases pelas quais passou a conformação do setor no Brasil até a atual estrutura regulatória. E finalmente, são introduzidos os agentes da cadeia produtiva de energia.

A segunda se centra nos contratos de comercialização em si. Desta feita, inicia-se apresentando algumas problematizações referentes à aplicação da teoria contratual à operação econômica de comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional. Posteriormente, verifica-se a possibilidade de aplicação da estrutura típica do contrato de compra e venda a tal operação econômica. É, então, exposto como ao plano bilateral da comercialização de energia se integra um plano plurilateral, sobre a possibilidade da articulação destes sob a forma de redes contratuais. Devido a essa estruturação, passa-se a indagar como se dão as consequências do inadimplemento em tal estrutura contratual. A partir daí são expostas as diferentes modalidades contratuais de compra e venda de energia no Ambiente de Contratação Livre e no Ambiente de Contratação Regulada.

Desde já cumpre salientar que, não se pretendeu que a redação dos capítulos e das partes fossem uniformes entre si, devido às diversas nuances que o tema comporta, merecedoras pesos e tratamentos distintos.

Eis, assim exposto, o programa de investigação que o estudo em tela

propõe.

PARTE I – DISCIPLINA JURÍDICA DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

1 ORDEM ECONÔMICA, DINÂMICAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA, E TRANSFORMAÇÕES NA CONTRATUALIDADE CONTEMPORÂNEA A PARTIR DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

Inicia-se o transcurso proposto com o estabelecimento de pontes entre as mudanças da atuação do Estado no espaço econômico e as respectivas transformações na contratualidade. Não se pretende aqui estabelecer um transcurso histórico sobre as mudanças na atuação do Estado na economia ou mesmo sobre o conceito de contrato. Mas, apenas indicar a existência de tal dinâmica na conjugação dos espaços públicos e privados, com os respectivos reflexos destas na noção contemporânea de contrato.

Como advertência inicial a ser feita ao tratar do contrato, é que está a se considerar uma categoria história. Ou seja, não é possível compreendê-lo apenas em termos abstratos e atemporais, mas sim, deve ser observado no contexto socioeconômico em que está temporalmente inserido. Aliás, evidentemente, tal advertência não cabe a apenas o contrato, mas sim, ao sistema jurídico como um todo, que deve ser entendido como produto cultural e social. Este sempre existirá em sociedade, com soluções que não podem ser consideradas eternamente válidas, restando como missão da historiografia crítica, a problematização dos pressupostos de aplicação da dogmática jurídica, sendo necessário o questionamento e a relativização dos conceitos e verdades desta última.[4]

Bem a propósito, ainda que não trate do tema sob uma perspectiva historiográfica, Enzo Roppo ao conceituar o contrato como a formalização jurídica de uma operação econômica, ressalta que o papel deste no sistema é resultante do total de operações a que confere dignidade legal. Assim, o instituto acaba por refletir o modelo de organização econômica existente naquele dado momento histórico, ao que denomina *relatividade do contrato*, nos seguintes termos:

---

[4] HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 21-27. GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. rev. e atual. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007, p. 13-14.

> Analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica – que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais – corresponde instrumentalmente à realização de objetivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isto se exprime através da fórmula da *relatividade do contrato* (como aliás de todos os institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido.[5]

Por conseguinte, conclui-se que a figura do contrato é historicamente mutável, que reflete as estruturas econômicas da sociedade existente em uma determinada temporalidade. Para os fins da presente pesquisa, dar-se-á maior relevo à contraposição (e, paradoxalmente, confluência) das esferas pública e privada para a determinação de uma noção de contrato que seja adequada ao objeto de estudo proposto, situado no espaço de intersecção destas.

Assim, é importante que esta noção se utilize, além dos já assentados fundamentos do direito civil aplicáveis à disciplina contratual, também de outros próprios do direito econômico e da regulação da atividade econômica. Ainda que esse olhar a partir da civilística possa "parecer uma ousadia impertinente", nos dizeres de Joaquim de Souza Ribeiro, ele é necessário para expor uma visão de contrato que capture a conexão entre esses campos normativos (tanto em termos de abertura cognitiva quanto de convergência valorativa) e verifique um quadro teleológico unitário comum, que permita melhor compreender a figura do contrato em tal contexto.[6]

Desta forma, é pressuposto que tal noção supere a dicotomia entre o direito público e o direito privado. A noção clássica de dicotomia ultrapassa a mera distinção entre tais esferas, mas sim, consiste em verdadeira cisão entre estas. Norberto Bobbio estrutura a noção de dicotomia sob dois aspectos principais: primeiramente, esta representa a divisão do universo em duas esferas que, em conjunto, constituem sua totalidade, e que se excluem de modo recíproco, de forma que um elemento inserido em uma esfera não pode estar inserido na segunda. Em

---

[5] ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 24.

[6] RIBEIRO, Joaquim de Souza. O direito dos contratos e regulação do mercado. In: _____. *Direito dos contratos*: estudos. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 57-58.

segundo lugar, a noção de dicotomia estabelece uma divisão que é simultaneamente total, tendo em vista que todos os entes atuais e potenciais por ela disciplinados possuem nela lugar, e principal, uma vez que esta passa a ser ponto de convergência de outras dicotomias que passam a ser consideradas secundárias em relação a esta.[7]

Conforme ressalta Marcos Ludwig, a visão dicotômica do direito público e do direito privado é um fenômeno historicamente recente, assentado na Modernidade liberal do século XIX. A distinção pode ser antiga e advir dos romanos, mas não a dicotomia. Neste sentido, destaca o autor: "À Roma antiga, por óbvio, era estranha a pretensão tipicamente liberal e cientificista de enclausurar os dois conceitos de modo dicotômico, até porque [...] a divisão romana entre *ius publicum* e *ius privatum* se referia a algo substancialmente diverso do que hoje entendemos por essas expressões".[8] Em sua essência, o direito público possuía em tal concepção a função precípua de assegurar a defesa externa e a paz interna. O direito privado, por sua vez, destinava-se principalmente a garantir as trocas internas no livre mercado, com assento no tripé contrato, propriedade e família.

As estruturas ditas clássicas do direito privado e do direito público foram construídas sob a égide do paradigma positivista e capitalista do Estado Liberal do século XIX. Avelãs Nunes indica duas fases do capitalismo de tal período. A primeira é o capitalismo de concorrência, que inicia nos fins do século XVIII, fundado na livre concorrência entre as empresas, sendo o mercado o principal instrumento de direção da economia, com base na não-intervenção/neutralidade do Estado no espaço econômico e rígida distinção entre as esferas política e econômica. Em um segundo momento, o capitalismo monopolista, com princípio na segunda metade do século XIX, assentado em três elementos centrais: concentração monopolista de empresas privadas em diversos setores econômicos; exportação de capitais privados; e intensificação do colonialismo europeu.[9]

---

[7] BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade* – para uma teoria geral da política. 4. ed. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001, p. 13-14.

[8] LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002, p. 94.

[9] NUNES, António José Avelãs. *Os sistemas econômicos*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 158-176.

Os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos são as bases dessa nova ordem, fundada na criação de um espaço de não intervenção estatal na atividade econômica privada burguesa. A Revolução Francesa criou o quadro da vida econômica necessário para o capitalismo, cujo nascimento se deu em conjunto com o surgimento da liberdade política e econômica pós-revolucionária. Sob tal aspecto, as classes burguesas detentoras da riqueza e do poder, aliando as potências econômicas e políticas, criam as instituições jurídicas de que precisavam para a constituição dos meios de ação necessários para o florescimento do capitalismo individualista e liberal.[10]

Pietro Costa ressalta que o direito, no contexto de formação do Estado de Direito, no século XIX, constitui-se numa moldura normativa que busca conciliar a livre conduta dos sujeitos com a liberdade do outro, harmonizando ambas as esferas de liberdade de forma não contingente, a partir de princípios definidos *a priori*. Esta coordenação das liberdades não ocorre com a mera existência da moldura normativa. Mais do que meramente declarada, sua efetiva coordenação deve ser garantida pelo direito por intermédio de mecanismos de constrição externa, tornando a coação parte da obrigação jurídica. Além disso, deve garantir que o soberano tenha seu poder limitado pelo mesmo direito.[11] Desta feita, o capitalismo do século XIX buscava, no direito, duas funções assentadas no liberalismo: uma primeira coativa e coordenativa no que tange às relações jurídicas estabelecidas por indivíduos no mercado formalmente iguais; e outra de proteção da liberdade individual frente ao poder do Estado soberano.

Sob tal perspectiva, o direito da Modernidade possuía uma série de caracteres essenciais. Uma primeira característica a ser apontada seria o monismo das fontes, representado na supremacia do modelo codificado, dotado de completude e de caráter absoluto, forjado como sistema fechado, unitário e livre de incertezas, propositalmente inerte e infenso à realidade. Além disso, estava assentado sob o dogma da completude, possuindo pretensões à perenidade

---

[10] RIPERT, George. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 22-30.

[11] COSTA, Pietro. O Estado de direito – uma introdução histórica. In: _____; ZOLO, Danilo (org). *O estado de direito* – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 115 e seguintes.

sustentada nas exclusões e ausências através das quais o direito captura os fatos da realidade que lhe interessam (mediante um sistema fechado sem lacunas ou antinomias).[12]

Esse direito da Modernidade consagra, assim, o individualismo e o isolamento do sujeito codificado frente ao Estado. A principal característica de tal sujeito é a sua insularidade. Nesse sentido, o direito civil assume o papel de fornecer um arsenal jurídico (direitos subjetivos, autonomia da vontade, propriedade individual, plena e absoluta) para que esse sujeito desenvolva sua insular atividade no mercado. Ainda, é um sujeito abstrato porque é categoria, e assim não é realidade: é mais um pressuposto ideológico do sistema do que um protagonista da história. Por fim, é atemporal, pois formalmente não guarda vinculação histórica com o que quer que seja. A atemporalidade do sujeito codificado acarreta uma invariabilidade subjetiva que vai sucumbir diante do retrocesso das ideologias liberais e em face da composição de novas forças sociais. Destarte, é um sujeito único e universal.[13]

Apta ao mercado, de tal subjetividade se valem os atores alegando que precisariam que o Estado apenas lhes garantisse liberdade, contudo, somente esta era insuficiente para o fortalecimento do capitalismo. O direito comum do *Code Napoleón* era oriundo de formas jurídicas antigas (direito de exploração da propriedade rural do século XVIII, contratos herdados do direito romano, e normas comerciais oriundas das ordenanças de Luís XIV) e, assim, insuficiente. Era necessário que ele gerasse seu próprio direito de forma a limitar o poder do Estado frente às atividades privadas e a garantir que essas transcorressem com fluidez. Foi necessária a produção contínua de regras jurídicas próprias para garantir o melhor funcionamento da empresa capitalista. Pois, "o direito civil não conhece a empresa, mas só o proprietário".[14] Sendo assim, foram criadas diversas normas

[12] FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Diálogos sobre direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 1-2.

[13] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado.* São Paulo: RT, 1998, p. 83. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil.* São Paulo: Renovar, 2000, p. 276. Sobre a figura do sujeito codificado da Modernidade e a necessidade de repersonalização do Direito Civil: CARVALHO, Orlando. *A teoria geral da relação jurídica* – seus sentidos e limites. Coimbra: Centelha, 1981, p. 90-98.

[14] Por todo o exposto: RIPERT, George. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 23-24.

especificamente destinadas a facilitar o exercício da atividade comercial/industrial capitalista pelos agentes privados em regime de livre mercado.

Nessa toada, a figura do contrato possuía por base na autonomia da vontade negocial, fruto da liberdade de partes formalmente iguais, assentada no *laissez faire* econômico, em que os contratantes apenas restariam obrigados se assim decidissem.[15] Sob tal enfoque, a autonomia pressupõe a existência de liberdades (negativas em relação ao Estado) como a de escolher o outro contratante, o tipo contratual, e a determinação do conteúdo do vínculo entre as partes. Ainda, com o intuito de conferir agilidade ao tráfego jurídico, prevalecia o consensualismo e a liberdade de formas na definição do contrato. Não se admitiria presunções a respeito da obrigação contratual, somente a vontade expressamente declarada seria obrigatória.

Mostra-se indevida a intervenção do Estado no contrato em tal contexto. A este caberia acima de tudo a aplicação da "lei" firmada entre os pactuantes, em um modelo de conduta adversarial, de modo a assegurar a força obrigatória do contratado (*pacta sunt servanda*). No mesmo sentido, o ordenamento prefere por normas supletivas ou dispositivas que irão se incorporar ao contrato, caso não sejam afastadas pelas partes. Por sua vez, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato encontra-se ancorado na concepção que os direitos pessoais seriam relativos às próprias partes, diferentemente dos direitos reais que teriam oponibilidade *erga omnes*. Aos terceiros, embora não vinculados, caberia o respeito ao vínculo contratual.[16] Ou seja, parte-se de uma concepção de contrato como espaço de consecução da liberdade individual no espaço econômico, com importantes limitações à intervenção estatal e da sociedade no âmbito de tal relação.

---

[15] Ricardo Lorezentti aponta que o contrato sob tal perspectiva representava em relação ao Estado a operação autônoma e descentralizada da atividade econômica: "Na tradição liberal, a ordem no mercado é estabelecida pela denominada 'mão invisível'. Deste modo, as ações individuais dos homens, perseguindo seus interesses egoístas, ou sua utilidade, vão criando um a ordem. Se é ou não eficiente, se é justa ou não, escapa, por ora, a nossa consideração. O certo é qu e o contrato clássico foi calcado sobre este modelo. Se requer um Estado mínimo, limitado, já que os indivíduos, mediante contratos, exercem um poder difuso, pelo qual chega-se a uma ordem econômica aceitável. A multiplicidade de contratações autonomamente consideradas são, de certo modo, exercícios de liberdade e limites ao poder central. É um operar difuso, descentralizado da atividade econômica." LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998, p.129.

[16] Sobre a concepção de contrato no Estado Liberal Moderno ora exposta: LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19-21; 56-66. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos* – parte general. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 23-25.

Desta feita, eram delimitadas com maior rigor as esferas do direito público e do direito privado em tal período.[17]

Retornando a Norberto Bobbio, além do significado descritivo da noção de dicotomia público-privado no que toca à delimitação entre ambas as esferas, tal noção também frui de um uso axiológico.[18] Uma vez que ambas as esferas se delimitam e não podem se confundir, de igual forma o significado valorativo de uma tende a ser oposta ao da outra. Em outras palavras, enquanto a primeira porta um significado valorativo positivo, a segunda adquirirá um significado valorativo negativo. De tais aspectos, derivam duas concepções axiológicas distintas, denominadas pelo autor como o primado do privado e o primado do público.

O primado do privado se afirma por meio da recepção do Direito Romano no Ocidente, que embora tenha sido um direito positivo em sua origem histórica, transforma-se em direito natural no labor dos comentaristas e glosadores ao longo dos séculos, adquirindo o valor absoluto de direito da razão, que independe das circunstâncias de tempo e lugar. Esse direito é positivado após as revoluções burguesas através das grandes codificações do início do século XIX, em especial, o Código Napoleônico. A autonomia da esfera de liberdade individual frente ao poder do Estado consiste no principal eixo da concepção liberal de Estado, e, em tal contexto, pode ser definida “como a mais consciente, coerente e historicamente relevante teoria do primado do privado sobre o público”.[19] Nessa toada, a esfera privada se alarga, em detrimento da esfera pública, não ao ponto de extinção do Estado, e sim até a redução deste ao seu mínimo.

Por sua vez, em sentido inverso, o primado do público se fundamenta na contraposição do interesse coletivo ao individual e na subordinação deste último em relação ao primeiro, representando o aumento da intervenção do Estado na

---

[17] *“O modo de produção capitalista supõe a separação do Estado e da sociedade, no que é reforçada a dicotomia direito público/direito privado. Daí por que se afirma que toda atuação estatal é expressiva de uma de intervenção na ordem social. Também aí a separação entre Estado e economia, o que conforma sentido às afirmações de que ele ‘intervém’ e cumpre papel de ‘regulação’ da economia.”* GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

[18] Sobre o tratamento axiológico da dicotomia público-privado por Norberto Bobbio ora exposta: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade* – para uma teoria geral da política. 4. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001, p. 20-27.

[19] BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 20.

regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e grupos infraestatais. O aspecto comum às teorias do primado do público sobre o privado é que o todo viria antes das partes. Sob tal perspectiva, o máximo bem da sociedade não resulta da soma dos esforços individuais egoisticamente considerados, mas da contribuição de cada um em conjunto solidariamente com os demais ao bem comum.

Utilizando a noção axiológica da dicotomia público/privado proposta por Bobbio, tem-se, nesse momento histórico, a primazia do privado sobre o público.

No contexto europeu, principalmente na França, esse quadro começa a mudar no final do século XIX. A atuação estatal não se resumia, então, à não intervenção. Havia algumas intervenções com o intuito de policiamento (por exemplo, verificação de pesos e medidas, repressão de fraudes) e proteção (por exemplo, direitos alfandegários) econômica, bem como, na regulamentação de determinadas atividades e profissões. Antes da Primeira Guerra, já havia um direito público econômico, sob a forma de direito administrativo econômico, uma vez que a questão econômica ainda não fazia formalmente parte dos textos constitucionais. O Estado assume uma série de funções econômicas gerais (por exemplo, a cunhagem de moedas e gerência de algumas indústrias), enquanto os governos locais assumem os serviços públicos locais de água, gás, eletricidade e transporte urbano. No entanto, as intervenções econômicas no período são a exceção. Tais modalidades de intervenção são essencialmente unilaterais e as atividades econômicas se dão de forma direta ou através da concessão de serviço público. O direito administrativo econômico era caracterizado essencialmente "pelo regime das atividades contratuais da administração", formando-se, no final do século XIX, por intermédio da jurisprudência administrativa francesa. No entanto, ainda não possuía regras e instituições próprias no que se refere às intervenções econômicas pelo Estado, tendo-se em vista o caráter excepcional e pouco diverso destas.[20]

Avelãs Nunes caracteriza esse período histórico no campo econômico como início do capitalismo monopolista de Estado.[21] Na passagem do capitalismo de

[20] Em relação ao exposto: LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 36-39. Conforme destaca o autor: "não existe qualquer necessidade um direito público econômico" no período. *Ibidem*, p. 39.

[21] Também denominado por outros autores como "*economia mista, Welfare State, economia concertada, neo-capitalismo, capitalismo organizado, capitalismo popular, capitalismo de estado, entre outras."* NUNES, António José Avelãs. *Os sistemas econômicos*. Coimbra: Almedina, 1994, p.

concorrência para o capitalismo monopolista, a principal mudança decorreu da substituição de um grande número de pequenas empresas por um número menor de grandes empresas que ocupam posições monopolistas. Essa mudança mantém-se no capitalismo monopolista de Estado, todavia, há uma alteração no modo de articulação da estrutura econômica com a estrutura política. O Estado sai da esfera de atuação à qual havia sido relegado durante quase todo o século XIX, na condição de instituição que formalmente nada deveria ter que haver com os negócios, e "invadiu às claras a esfera econômica".[22]

As constituições do início do século XX, em especial, a Constituição de Weimar (1919), assumem feições diretivas, na qual o Estado assume novos papéis ao Estado, passando a instituir uma ordem econômica (mundo do ser) a fim de garantir a persecução de objetivos e direitos sociais constitucionalmente consagrados.[23] Tais constituições são dotadas de um "conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)".[24]

O período entre guerras provocou profundas mudanças na relação entre o Estado e a atividade econômica, superando a perspectiva anterior de menor intervenção estatal. O *crash* de 1929 gerou impactos na economia mundial, tornando

---

175.

[22] NUNES, António José Avelãs. *Op. cit.*, p. 176. No mesmo sentido, Eros Grau: "A virada do século assiste ao declínio do capitalismo concorrencial liberal. Economia de guerra e o evento da revolução bolchevista desferem-lhe golpes mortais. Sombrio o futuro do capitalismo, impunha-se a sua renovação, para quê é chamado a atuar o Estado. A 'mão invisível de Smith é substituída pela mão visível do Estado. O Estado assume a responsabilidade pela condução do processo econômico e, com isso, os planos econômico e político se correlacionam (ainda que jamais tenham se dissociado). O conhecimento a respeito dos mecanismos econômicos, ademais, permitiu que da economia política caminhássemos para a política econômica." GRAU, Eros.*O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25-26.

[23] Eros Grau aponta a incorporação da ordem econômica e social nas constituições brasileiras a partir da Constituição de curta duração de 1934: "Entre nós, a referência a uma 'ordem econômica e social' nas Constituições de 1934 até a de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969 – salvo a de 1937, que apenas menciona a 'ordem econômica' – e a duas ordens, uma 'econômica', outra 'social', na Constituição de 1988, reflete de modo bastante nítido a afetação ideológica da expressão." GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998.* 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54.

[24] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica ...*, p. 61.

a economia uma questão política fundamental de governo. No mesmo período, Keynes publicou sua obra mais importante: *General Theory of Employment, Interest and Money* (1936), que fazia da intervenção estatal o principal fator de controle do ciclo econômico e de suas crises.[25]

Deflagrada a Segunda Guerra Mundial, fizeram-se necessárias ainda maiores intervenções do Estado na economia, devido à necessidade de mobilização dos esforços de guerra. Por sua vez, o fim da Guerra não promoveu o restabelecimento do Estado Liberal, ao revés, grande parte dos Estados atuaram com maior intensidade na economia com a implementação de mecanismos regulatórios e desenvolvimento da planificação econômica (não em um sentido imperativo, mas como instrumento jurídico de caráter incentivador, indicativo e prospectivo), nacionalizações de empresas de setores chave (principalmente os de infraestrutura), bem como a direção nacional do crédito, acompanhado do papel assumido pelo Tesouro Público na concretização dos investimentos necessários.[26]

O Estado passa a sofrer maiores pressões políticas da sociedade para ser o agente promotor do desenvolvimento. Um importante mecanismo para tal intuito é a já mencionada planificação, como a justificação lógica para uma ação do Estado como condutor de tais políticas.[27] A intervenção continuou em dois sentidos: diversificação de setores que sofrem a intervenção do Estado, que até então eram reservados aos agentes privados; a criação de novas empresas públicas, constituindo um setor semipúblico, de economia mista.[28]

Destarte, é construído assim um novo modelo de Estado, contrastante com o Liberal anterior, que visa à implementação de direitos prestacionais e à participação dos grupos sociais na execução de políticas econômicas, que se denomina Estado Social.[29] Eros Grau, a partir do direito brasileiro, classifica as técnicas específicas de atuação do Estado em relação à economia em dois grandes grupos, sendo o

[25] MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 20.

[26] MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 20. LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 47-51.

[27] LAUBADÈRE, *op. cit.,*p. 51.

[28] *Ibidem*, p. 52-53.

[29] MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional ...*, p. 20.

primeiro a atuação do Estado *na* economia, e o segundo como a atuação do Estado *sobre* a economia. A atuação do Estado na economia é subdividida em *atuação por absorção*, na qual Estado assume monopolisticamente os meios de produção e/ou troca de determinado setor, e *atuação por participação*, quando o Estado participa do capital de pessoas jurídicas que detêm determinado setor ou assume parcialmente este em regime de competição frente aos demais agentes privados. Por sua vez, a atuação do Estado sobre a economia é subdividida em atuação por direção, que ocorre a partir do estabelecimento de normas de comportamento compulsório aos agentes econômicos, de forma a pressionar a economia em determinada direção, e, finalmente, a atuação por indução, que se dá mediante a otimização dos mecanismos de intervenção, em conformidade e consonância com as regras de mercado.[30]

As referidas alterações do modelo de Estado implicam em modificações no campo do direito civil e, mais especificamente, em relação ao objeto de estudo, para a contratualidade, como se demonstra na seqüência.

1.1 CRISE DAS FONTES NORMATIVAS NO ESTADO SOCIAL E O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

As mudanças demonstradas no tópico anterior, com a progressiva intervenção do Estado no espaço econômico, até então privado, geram uma série de repercussões para o âmbito jurídico. As soluções jurídicas do modelo codificado do liberalismo moderno mostram-se insuficientes para dar conta da realidade econômica e política de tal período.

Há, portanto, no processo de passagem do Estado Liberal para o Estado Social um processo de “crise das fontes normativas”, a partir da dissociação do discurso jurídico da codificação civil com a prática dos fatos sociais.[31] Mostrando-se, assim, uma necessária reconstrução do direito privado.

---

[30] GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

[31] TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. (org.). *A parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. xv.

Esse modelo de Estado Social, refletido no Brasil com a Constituição Federal de 1988, incorporou, além das funções clássicas de organização do Estado e de garantia das liberdades individuais, a função de regulador da ordem econômica e social.[32]

A Constituição modifica, assim, sua função ordenadora do sistema jurídico como um todo, construindo-se em tal modelo uma mudança na relação Estado-indíviduo, na qual o sujeito deixa de ser mero detentor de direitos frente ao Poder Público, passando este último a também possuir a obrigação de garantir níveis mínimos de efetividade desses direitos. Desta forma, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III, eleva a dignidade da pes soa humana a fundamento da República e supremo valor do sistema jurídico e, em especial, dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, o art. 170, da CF/1988, estabelece que os princípios gerais da ordem econômica terão por finalidade garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.[33] Sob a perspectiva, dá-se a construção de um modelo econômico de bem-estar.[34]

O modelo codificado, assentado na noção de completude e atemporalidade do positivismo do século XIX, perde, assim, sua centralidade no ordenamento. Ademais, fragmenta-se com a emergência de microssistemas no regramento da atividade privada, cuja unificação e orientação axiológica passa a ser dada pelo texto constitucional e não pela codificação.[35]

---

[32] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 99-109.

[33] “Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, em nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.” GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998.* 8. ed. rev. ampl. São Paulo Malheiros, 2003, p. 204.

[34] *Ibidem*, p. 37.

[35] “As codificações cumpriram sua missão histórica de assegurar a manutenção dos poderes adquiridos. Assistimos, entre as duas grandes guerras a um movimento de socialização do direito, seguido de novos ramos do direito privado e público, dotados de princípios próprios reconhecidos como ‘microssistemas’. Não mais se pode reconhecer ao Código Civil o valor de direito comum. É tempo de se reconhecer que a posição ocupada pelos princípios gerais de direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente, pelos direitos fundamentais.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 18.

Paulo LÔBO, a propósito, entende a constitucionalização do direito civil, como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações privadas. Considera que é mais do que um critério hermenêutico formal. Mas sim, que consiste na etapa mais importante do processo de transformação paradigmática que passou o Direito Civil, na travessia do Estado Liberal para o Estado Social.[36]

No ensaio "A Caminho de um Direito Civil Constitucional", Maria Celina Bodin de Moraes, trata da crise da civilística clássica, a partir da mudança para um papel mais intervencionista do Estado, da seguinte forma:

> O sustentáculo fundamental do liberalismo que, pressuposta a separação entre o Estado e a sociedade civil, relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que atuassem livremente, conforme suas próprias regras, entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia. Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores.[37]

Em tal contexto, nota-se a publicização do direito privado, com a incidência crescente de caracteres de direito público nas relações jurídicas entabuladas por agentes privados.[38] Na mesma toada, a constitucionalização do Direito Civil, que implica no reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua incidência nas relações de direito privado.[39] Assim, percebe-se o processo de progressiva de

---

[36] LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

[37] TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, v. 65, a. 17, p. 21-32, jul./set. 1993.

[38] O processo de publicização do Direito Civil não é imune a críticas, em especial, da doutrina mais conservadora, no que se refere à manutenção da dicotomia público/privado. A título de exemplo: *"A intromissão cada dia mais intensa do Estado nos negócios privados, quer motivada ideologicamente, quer com fins pragmáticos ou decorrente da simples inércia de crescimento público coloca sérios problemas à distinção* [público/privado].*"* CUNHA, Paulo Ferreira da. *Introdução à teoria do direito.* Coimbra: Resjurídica, 1980, p. 169.

[39] Luís Roberto Barroso ressalta que a constitucionalização do Direito Privado não implica na transformação da Constituição em nova codificação, ou na transferência das normas infraconstitucionais para o seu texto, mas, na reinterpretação dessas normas à luz dos valores nela consagrados: "Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem

interpenetração das esferas do público e do privado, superando-se em boa medida a perspectiva dicotômica da Modernidade, que considerava verdadeira invasão tal fenômeno.[40]

A rigor, é possível constatar a artificialidade na separação dicotômica entre as esferas pública e privada, servindo tão somente para justificar a limitação da atividade do Estado, a fim de garantir o estabelecimento de um círculo de proteção em torno dos interesses particulares – em especial a atuação econômica da burguesia.

Porquanto, resta caracterizado um maior intervencionismo estatal no controle dos poderes privados. A autonomia individual, ao invés de ser um mecanismo de limitação do poder estatal é relativizada em sentido inverso, com a imposição de restrições públicas aos poderes econômicos privados.[41] Verifica-se, desta forma, na travessia do Estado Liberal para o Estado Social, a emergência de um direito civil constitucionalizado, com assento no princípio da dignidade da pessoa humana, em um movimento de publicização do direito privado. Sob tal aspecto, utilizando-se da visão axiológica de Bobbio relativa à distinção entre o público e o privado, há em tal contexto o primado do público sobre o privado.

Na seara contratual tais mudanças geraram alterações significativas em relação ao modelo clássico de outrora.[42] Judith Martins Costa aponta que em tal

---

como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional." BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 21 out. 2012.

[40] *"Para tanto, no puede hablarse sinceramente una tal invasión, y si más acertadamente – como evidencia Alvaro d´ Ors - de la marcha paulatina hacia la formación de um nuevo Derecho civil que, rompiendo con los moldes clásicos individualistas, se eleva resueltamente a la colaboración estrecha del hombre y la sociedad."* BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. *La distinción entre lo publico y lo privado, segun la concepcion comunitária del derecho.* Madrid: Reus, 1951, p. 10.

[41] LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41. Ainda, de acordo com o magistério de Serpa Lopes: "Essa influência do Direito Público se traduz pela restrição à liberdade que dela decorre. Passa-se da liberdade ilimitada a uma liberdade menor." LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil.* 7. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 25.

[42] Eros Grau destaca que as mudanças na atuação estatal sobre a economia ensejaram alterações especialmente no âmbito dos contratos, ante a sua íntima relação com o direito de propriedade: "A atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito acarretou uma série de transformações no direito. Um dos flancos mais atingidos foi justamente o do direito dos contratos. Tem-se afirmado, sistematicamente, que os dois valores fundamentais juridicamente protegidos nas economias do tipo capitalista são, simetricamente, o da propriedade dos bens de produção – leia-se propriedade privada dos bens de produção – e o da liberdade de contratar –

contexto, “as relações econômicas de troca de bens – produtos e serviços – são instrumentalizadas, por sua vez, por institutos jurídicos do direito das obrigações - notadamente os negócios jurídicos”.[43] O aspecto de maior relevo se dá com a redução da autonomia individual e aumento da intervenção estatal no contrato, de modo a ultrapassar os limites da justiça comutativa (em que se dá a cada um o que é seu, de modo a considerar a todos formalmente iguais), em prol não apenas de uma justiça distributiva (em que cada um deve receber o que é seu, levando-se em consideração suas desigualdades), mas, principalmente, da construção de uma justiça social, que visa a transformação da sociedade de modo a reduzir as desigualdades sociais (na forma do art. 3º, III e art. 170, VII, da CF/88).[44] Em tal contexto, na passagem do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, Teresa Ancona Lopez ressalta a conformação de novos alicerces principiológicos sobre os quais devem se assentar a interpretação e a criação dos contratos, destacando: eticidade; socialidade; confiança; operabilidade.[45]

Embora a função individual clássica do contrato permaneça, esta passa a ser conformada por uma função social. Nesta última, os interesses individuais dos contratantes devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais, representando, assim, no plano negocial a orientação da relação ao princípio constitucional da justiça social.[46] Paulo Nalin indica a existência de duas dimensões para a função social do contrato. Uma primeira de caráter extrínseco, que tem por fim a coletividade, mitigando a relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se

---

(ainda que se entenda que tais valores são preservados não em regime absoluto, mas relativo). A verdade, no entanto, é que tais valores não estão dispostos em situação, sendo mais correto observar que a liberdade de contratar não é senão um corolário da propriedade privada dos bens de produção. Isso porque a liberdade de contratar tem o sentido precípuo de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade privada individual dos bens de produção. Em outros termos: o princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção. A atuação do Estado sobre o domínio econômico, por isso mesmo, impacta de modo extramente sensível sobre o regime dos contratos.” GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998.* 8. ed. rev. ampl. São Paulo Malheiros, 2003, p. 83.

[43] MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: ___________ (org.) *A reconstrução do direito privado.* São Paulo: RT, 2002, p. 631 (p. 611-661).

[44] LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

[45] LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos empresariais – fundamentos e princípios.* Série GVLAW. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3-8.

[46] LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67-70.

com suas repercussões no âmbito das relações sociais, de caráter transindividual. De outra monta, há também um perfil intrínseco, de caráter interpartes, em que se dá a ressignificação dos princípios liberais do contrato e a imposição de outros novos, como a igualdade material, equidade e boa-fé objetiva.[47] Esse perfil interno da função social implica na vedação de condutas abusivas entre as partes, de forma a garantir materialmente o equilíbrio contratual, a equivalência das prestações, e a observância de deveres de condutas decorrentes da boa-fé objetiva.[48]

As liberdades negativas decorrentes da autonomia da vontade passam a sofrer maiores limitações de caráter positivo em relação ao Estado. A liberdade de escolher o outro contratante ou da conclusão do contrato são limitadas, por exemplo, na prestação de serviços públicos ou monopolizados. Em relação à escolha do tipo contratual, há uma maior incidência de tipos exclusivos para determinados setores da atividade econômica. Por sua vez, quanto à liberdade de determinação do conteúdo do contrato, se dá menor espaço ao consensualismo das partes com a imposição de obrigações que decorrem de normas cogentes.[49]

Entretanto, esse modelo de Estado sofre rupturas e mutações no contexto das reformas neoliberais ocorridas principalmente a partir dos anos 1990, que ensejam a reorganização dos espaços públicos e privados e, consequentemente, em novas mutações na disciplina contratual.

---

[47] NALIN, Paulo. *Do contrato* – conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2. ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2006, p. 223-224.

[48] Carlos Eduardo Pianoviski Ruzyk ressalta que o aspecto intrínseco da função social do contrato, embora enseje limitações à autonomia privada, se dão para a garantia de outras liberdades: "Embora não se descarte a função social intrínseca tomada como equilíbrio entre as partes, o que [...] traz aspectos pertinentes à noção mais ampla de autodeterminação, pode-se afirmar que o acesso a bens fundamentais por meio do contrato é o que pode trazer de mais relevante na compreensão da relação entre função social e liberdade. [...] Pode-se, é certo criticar o que se está a desenvolver sob o argumento de que essa incidência de direitos fundamentais importa intervenção legislativa e jurisdicional sobre a autonomia privada. Consiste, entretanto, em restrição à autonomia privada com o fim de realizar liberdades(s). A limitação a uma dada liberdade – e a própria vinculação dos particulares aos direitos fundamentais antes referidos – encontrariam fundamento no incremento de outra liberdade. Isso não reduz o sentido da liberdade ao mero exercício aquisitivo de bens, ou, menos ainda, ao consumo: revela um direcionamento funcional, como se vê, se dá em termos de ampliação de liberdade(s), notadamente da liberdade como efetividade [ou substancial]." RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)* – repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*.* Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 291-292.

[49] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos* – parte general. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 25-27. LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

1.2 REFORMAS, PRIVATIZAÇÃO E LIBERALIZAÇÃO NA ATIVIDADE ECONÔMICA: A "FUGA DO PÚBLICO PARA O PRIVADO"

Na ordem econômica estabelecida pela construção do atual modelo constitucional brasileiro, condizente com a conformação de um Estado Social, a atuação direta do Estado no domínio econômico se dá sob duas modalidades principais: (i) desempenho de atividade econômica em sentido estrito; (ii) prestação de serviços públicos. Tal distinção é fundamental sob dois ângulos: por um lado, determina os limites da atuação privada e da atividade pública; por outro, determina que a atuação caracterizadora do serviço público se subordine ao âmbito do direito público, por sua vez, a atividade econômica em sentido estrito se enquadra nos limites do direito privado (ainda que princípios gerais de direito público continuem aplicáveis).[50]

Não obstante, o modelo clássico de Estado Social passa a sofrer profundas alterações no Brasil e no mundo, em especial durante a década de 1990. Na Europa se dá o processo de liberalização dos grandes serviços, sob a alegação de crises no Estado Social, acrescidas das exigências decorrentes do processo de integração europeia (construção de um mercado único, desmantelamento de monopólios públicos e eliminação de condicionamentos administrativos). Não se tratou apenas de concessão de atividades públicas para agentes privados, mas sim, de "deslocação de certas tarefas do Estado para o setor privado (privatização material)"

---

[50] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 18. Egon Bockmann Moreira sublinha que os comandos dos artigos 173 e 174 do texto constitucional, em que estão estabelecidas as fundações da atuação estatal na ordem econômica, estruturaram uma nova forma de relacionamento do Estado com a economia no Brasil: "Em decorrência dos arts. 173 e 174 da Constituição, é possível concluir que a amplitude da norma constitucional engloba: (i) a gestão pública de atividades econômicas propriamente ditas (empresas estatais ou régie directe); (ii) a edição de normas jurídicas que visem a conformar a conduta dos agentes econômicos (no modo coativo ou através de incentivos); (iii) o Direito da ordenação social (disciplina, fiscalização e punição); (iv) o planejamento estatal da economia. Não será preciso muito esforço hermenêutico para se constatar a monumental diferença entre a racionalidade econômica das Constituições pretéritas e aquela positivada em 1988. Pela primeira vez, o Estado brasileiro é constitucionalmente qualificado de "agente normativo e regulador". Ou, melhor dizendo, em 1988 constituiu-se uma nova forma de relacionamento do Estado brasileiro com a economia, que não existia nas Constituições anteriores." MOREIRA, Egon Bockmann. *Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?* [artigo enviado aos alunos dos cursos de Direito Econômico do PPGD-UFPR].

que se estendeu à generalidade dos setores básicos.[51] Desta forma, verifica-se no cenário europeu um progressivo processo de redução do papel do Estado, com vistas a, supostamente, corrigir distorções decorrentes da ampliação desmesurada da atuação do Estado no âmbito privado nas décadas anteriores.

Segundo Maria João Estorninho, nesse período, por ela denominado de Estado Pós-Social (que também pode ser indicado como Estado Garantia ou Estado Regulador), o movimento de "privatização" da Administração Pública assume maior força, devido a uma suposta própria crise do Estado-Providência e "a Administração Pública, qual náufrago que procura agarrar-se à tábua de salvação, tenta hoje desesperadamente reencontrar eficiência, nomeadamente através de fenômenos de privatização e revalorização da vida civil".[52]

Ainda assim, não é isenta de críticas a possibilidade de existência de uma efetiva atuação do Estado, reguladora da atividade econômica em tal contexto. Avelãs Nunes, por exemplo, reflete criticamente acerca do efetivo papel que esse Estado Regulador pode exercer no cenário europeu:

> Com efeito, o estado regulador é filho das políticas que têm vindo a anular a responsabilidade do estado no terreno da economia e a esvaziar a sua capacidade de intervenção como operador nos setores estratégicos e na área dos serviços públicos. Foi 'inventado' justamente para encobrir as políticas que visam impedir o estado de assumir a sua tradicional responsabilidade no que toca à prestação de serviços públicos à margem do mercado. Não pode ser o contrário delas.[53]

Esse processo de privatização do espaço público está sustentado em dois alicerces principiológicos fundamentais: (i) o princípio da eficiência – com o fito de buscar maior racionalização no dispêndio de recursos públicos em relação aos objetivos constitucionalmente estabelecidos; (ii) o princípio da participação – como mecanismo de aprofundamento da democracia participativa, a fim de garantir a

---

[51] GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador. In: VITAL MOREIRA (org.). *Estudos de regulação pública*. Coimbra: Coimbra, 2004. v. 1. p. 180-181.

[52] ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 47-48.

[53] NUNES, Antonio José Avelãs. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 415, jul./dez. 2011. No mesmo sentido: NUNES, Antonio José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 147-176.

"participação dos administrados na gestão efetiva das diversas estruturas administrativas".[54]

Verifica-se, assim, a utilização pela administração de mecanismos jurídico-privados a fim de se obter uma maior horizontalidade no relacionamento com os administrados, em detrimento da perspectiva verticalizada do direito administrativo do século XIX. Conforme aponta Estorninho, é constatada a atividade privada da administração, como "aquela que os poderes públicos exercem para aqueles fins que seriam próprios de um qualquer particular".[55] Logo, em contraposição ao processo de publicização do direito privado, a literatura aponta para uma "fuga" do público para o privado.[56]

No Brasil, o processo de privatização e liberalização assume maior força na década de 1990, com a promulgação da Lei de Concessões (Lei n.° 8.987/1995), do Programa Nacional de Desestatização – PND (Lei n.º 9.491/1997) e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n.° 101/2000). Em tal período, o país enfrenta um significativo processo de privatização da sua indústria de base e de pessoas jurídicas controladas pelo Estado prestadoras de serviços públicos (principalmente

---

[54] OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da administração pública. In: *Os caminhos da privatização da administração pública*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 48-51. O autor aponta ainda as normativas comunitárias como princípio, todavia, deixamos de mencioná-las devido à sua inaplicabilidade ao direito brasileiro.

[55] ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 134.

[56] Tal noção advém do magistério de Fritz Leiner, ao tratar do aumento da intensidade da atividade econômica do Estado na Alemanha durante o período entre Guerras. LEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo.* Trad. Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1933, p. 263. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,* Salvador, n. 3, p. 1, ago./out., 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14/07/2013. Tal expressão foi utilizada por Maria João Estorninho como título de sua obra, ao tratar das reformas no contexto europeu nas décadas de 80-90: "[...] após esse movimento generalizado de transformação de entidades públicas em entidades privadas ou de criação, *ex novo* de outras, por iniciativa e sob o controlo e dependência de entidades públicas, são desde logo inevitáveis as dúvidas quanto a saber se tais entidades fazem ou não parte da Administração Pública". ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 79.

Todavia, Paulo Otero apresenta objeções à existência de completa fuga da Administração para o Privado, ante as vinculações de direito público a que esta está submetida no direito português: "O Direito Privado aplicado pelas empresas públicas ou pelas empresas privadas integradas no setor empresarial do Estado está sujeito a diversas vinculações de Direito Público que impossibilitam qualquer 'fuga' do Direito Administrativo para o Direito Privado, com o intuito de violação ou fraude à tutela de valores ou de princípios constitucionais de natureza funcional ou garantística." OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado.* Coimbra: Coimbra, 1998, p. 278.

aquelas ligadas à infraestrutura do país, como as do setor elétrico, de gás, de saneamento, de telefonia, de transporte ferroviário, dentre outras). Assim, em relação às últimas, agentes privados passam a prestar serviços públicos que até então eram de monopólio estatal, mediante instrumentos de concessão, permissão ou autorização.

Cumpre ressaltar que no direito brasileiro, diferentemente do europeu, por exemplo, não houve privatização substancial dos serviços públicos, mas sim, apenas formal. Ou seja, o Estado não transferiu a titularidade do serviço público para os agentes privados, mas apenas a sua gestão. Nesse sentido, é relevante a lição de Egon Bockmann Moreira a respeito da questão no Brasil:

> A transferência de empresas, bens e serviços públicos às pessoas privadas pode-se dar de modo *formal* ou *substancial*. Aqui, há a desestatização absoluta (o Estado abdica da titularidade); lá, a desestatização executiva ou de gestão (o Estado persiste titular). Mas fato é que o direito brasileiro dos serviços públicos apresenta singularidade: há reserva constitucional da titularidade pública dessa ordem de empreendimentos.
>
> A Constituição brasileira comete determinados serviços ao Poder Público e diz que sua exploração poderá ser direta ou por meio de concessões e permissões (além das autorizações). Apesar de não existir definição do que vem a ser 'serviço público' em cada um dos quadrantes constitucionais que tratam do assunto, a imputação ao Poder Público de determinada categoria de incumbências passíveis de concessão e permissão traz consigo a qualificação normativa de serviço pública (seja sob a forma de competências explícita, seja condição de execução da tarefa propriamente dita). É devido à determinação constitucional que tal ordem de serviços é cometida ao Estado; e também por prescrição constitucional eles são concedíveis, permissionáveis ou autorizáveis. Logo, a desestatização instalada ao nível infraconstitucional não pode ser quanto à titularidade do serviço, mas deve circunscrever-se à sua gestão. Aqui não se pode falar em privatização substancial – matéria abrangida pelo PND, mas estranha à Lei 8.987/1995.
>
> Já quanto a empresas, bens e serviços pertencentes ao Estado mas não vinculados a serviços públicos, a legislação ordinária pode estabelecer a desestatização *substancial* ou *material* [...]. Os bens e fatores de produção saem por completo de um setor da ordem econômica (o público) e ingressam noutro (o privado).[57]

Ressalte-se que mesmo havendo desestatização substancial de atividades econômicas, com efetiva passagem destas para campo dos agentes privados, persiste um forte viés público, devido aos interesses da coletividade em relação ao objeto de tais atividades. Tal perspectiva resta ainda mais acentuada no caso das atividades em que houve tão somente a desestatização da gestão, com a titularidade mantida com o Poder Público. Nas relações privadas, o processo de

---

[57] MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 20-21.

privatização dos serviços públicos ocasionou o surgimento de novos poderes privados de caráter econômico, dentre os detentores (grandes empresas e grupos econômicos) da prestação destes serviços essenciais à população. Sendo assim, o direito privado vê-se diante da necessidade regular relações de poder, o que numa visão clássica seria função exclusiva do direito público.[58]

Em verdade, tais processos de privatização implicaram em uma redução da atuação estatal no âmbito econômico, resultando na perda do posto deste como exclusivo prestador direto de serviços públicos. De outra monta, restou convertida a responsabilidade do Estado para um dever garantidor das prestações necessárias ao atendimento de necessidades essenciais da sociedade e, consequentemente, de regulação das atividades desempenhadas pelos agentes privados que passaram a fornecer tais prestações.[59] No direito brasileiro, as alterações ocorridas na prestação de serviços públicos, com a outorga a particulares apenas da gestão no nível infraconstitucional, mas com a manutenção da titularidade estatal em sede constitucional, não ensejaram a mudança da opção política de um Estado Social para a de um Estado Regulador (diferentemente da Europa, por exemplo, em que houve desestatização material de tais serviços, ressignificados como serviços de interesse econômico geral[60]). Nesse sentido, “apenas” foi reduzida a atuação direta do Estado no espaço econômico e incrementado o seu agir na regulação de tais atividades. Ou seja, paradoxalmente, a redução da prestação direta de serviços pelo Estado, com o ingresso de agentes privados em atividades econômicas que

---

[58] GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 276.

[59] GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador. In: VITAL MOREIRA (org.). *Estudos de regulação pública*. Coimbra: Coimbra, 2004. v. 1. p. 301.

[60] Art. 106 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18.º e 101.º a 109.º, inclusive. 2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União. 3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.” UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.” Disponível: <www.europa.eu>. Acesso em: 23-03-2013.

anteriormente eram exercidas sob o monopólio estatal, aumentou a necessidade de uma atuação regulatória do Poder Público, a fim de conformar o agir privado a objetivos que ultrapassam o mero intuito lucrativo de tais agentes.

Nessa toada, Alexandre Santos de Aragão conceitua a regulação estatal da economia como o “conjunto de medidas legislativas, administrativas, e convencionais, abstratas ou concretas pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.”[61] Vê-se que a partir do conceito do autor, a atividade regulatória normativa do Estado tem por intuito a conformação da atividade privada a interesses sociais, indicados na carta constitucional.[62]

Nesse contexto se dá o surgimento das agências reguladoras independentes no Brasil, citando-se como exemplo, especificamente para os fins do presente trabalho, a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, em 1996, por meio da Lei n.º 9.472/1997. As agências reguladoras assumem a forma de autarquias sob regime jurídico especial, caracterizadas por maior autonomia em relação ao Executivo, com o fito de exercerem funções regulatórias em setores econômicos específicos. De acordo com o sentido originalmente delineado a estas, a regulação exercida por tais agências possui caráter eminentemente técnico, utilizando-se do saber específico da área de conhecimento relativa ao seu setor de atuação.[63]

---

[61] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

[62] Sobre a questão, Floriano Marques de Azevedo posiciona-se da seguinte forma: “Sendo assim, a regulação estatal deverá combinar os objetivos de preservar as condições de reprodução e preservação da atividade econômica (assegurar a livre iniciativa), com o cumprimento dos objetivos da ordem econômica, muitos deles de corte distributivista (como é bom exemplo a redução das desigualdades referida no inciso VII do artigo 170).” AZEVEDO NETO, Floriano Marques. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia,* Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 27-42, out./dez. 2009, p. 35.

[63] *Ibidem*, p. 263-276; 323-325. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara ressaltam a existência de modelos reguladores políticos e técnicos: No modelo político, a autoridade reguladora recebe um poder de conformação de largo espectro que não encontra limite em qualquer direito à liberdade empresarial dos regulados, é um poder total, no sentido de que pode ir até onde os critérios políticos da autoridade determinarem. Já no modelo técnico, a autoridade reguladora recebe um poder de conformação setorial limitado pelos espaços de liberdade empresarial assegurados pela lei. SUNDFELD; Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Da regulação política à regulação técnica: o

Com a regulação, se dá proliferação de centros normativos, que reúnem aspectos de direito público e de direito privado, para a conformação jurídica de determinados setores econômicos. A transferência da gestão de tais atividades econômicas para os agentes privados, ainda que tenha implicado na maior incidência de normas de direito privado nas relações jurídicas dela decorrentes, não significou o transporte pleno do regramento de tais relações para a codificação civil. Formam-se, assim, para a estruturação dos arcabouços regulatórios normativos setoriais, microssistemas que conjugam aspectos públicos e privados, necessários para comportar as alterações incorridas por consequência dos mencionados processos de privatização.

À fragmentação de diplomas normativos (leis, decretos, portarias, resoluções *et cetera*) necessários para a regulação de tais setores, que compõem os microssistemas em questão, é garantida unidade axiológica no direito constitucional com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.[64]

Os contratos passam ter a difícil missão de refletir tal complexidade, de forma a ser possível abarcar a formalização jurídica das operações econômicas necessárias para a consecução das atividades em questão. Nesse sentido, a cláusula geral de função social, embora permaneça, tem reduzida sua abertura, encontrando maior densidade em tais setores, a partir da complexidade normativa do microssistema setorial.

Em outras palavras, na estrutura regulatória deve estar consolidada a orientação das atividades econômicas de base a fins ligados à justiça social. O conteúdo das estruturas de regulação setoriais passa a integrar o conteúdo do contrato, reduzindo o espaço da autonomia privada ao necessário para compatibilizar a garantia da competição (onde for possível) e do interesse lucrativo dos agentes privados com os interesses da coletividade assentados nos valores emanados da Constituição.

A dificuldade de definir onde acaba o tratamento da transação, próprio

---

efeito da liberdade empresarial nos serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia.* Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 55-62, abr./jun. 2009, p. 55.

[64] TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. *Problemas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1 e ss.

do direito civil numa perspectiva clássica, e do quadro jurídico do mercado estabelecido na regulação, é destacado por Joaquim de Sousa Ribeiro como a construção de um espaço de convergência entre o direito contratual e o direito econômico:

> A desterritorialização da economia, resultante das novas tecnologias e da abertura de espaços transfronteiriços, com a correlativa perda da capacidade dirigística dos poderes estatais, bem como a dominância, à escala global, do paradigma do mercado, criaram as condições para a uma convergência, em novos moldes, do direito contratual e do direito económico. Entre ambos os complexos processam-se permutas de valorações que possibilitam a complementação recíproca de soluções. A perspectiva do mercado é integrada no campo problemático do direito contratual, com a sobreposição tendencial de objetivos de regulação. Muitas das medidas disciplinadoras do contrato são pensadas, de um ponto de vista consequencialista, como actuantes em dois tabuleiros, procurando satisfazer concertadamente exigências de ambos. De tal forma que se atenuam as linhas de fronteira, sendo difícil dizer onde acaba um e começa o outro, onde acaba o tratamento do acto de troca e começa a definição do quadro jurídico do mercado onde ele tem lugar.[65]

Aproximando a temática do objeto do presente estudo, no setor de energia elétrica a privatização das atividades, com a desverticalização de sua cadeia produtiva de modo a inserir a competição entre os agentes participantes, implicou na atração das relações de troca entre estes a uma zona de intersecção entre o público e o privado, conforme irá se expor ao longo dos próximos capítulos. Portanto, para a compreensão das relações contratuais no setor de energia elétrica, não é possível tomar como ponto de partida caracteres exclusivamente de Direito Público ou de Direito Privado. É necessária uma construção integrativa de tais espaços, de modo a dar conta da complexidade de interesses imanentes a tais relações, e conjugar os planos em questão na ambiência do contrato. Esse contrato, evidentemente, não pode mais ser aquele assentado numa visão oitocentista de isolamento ante o Estado e a sociedade, mas sim, ressignificado pelos valores constitucionais e informado pelas disposições da regulação setorial, condizente, portanto, com o modelo brasileiro contemporâneo de Estado Social.

---

[65] RIBEIRO, Joaquim de Souza. O direito dos contratos e regulação do mercado. In: *Direito dos contratos: estudos.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 60.

De igual forma, Maria Luiza Feitosa aponta para a existência de diferentes regimes contratuais, que irão variar de acordo com as técnicas de intervenção estatal no ambiente econômico no qual ele está inserido. FEITOSA, Maria Luiza P. de. A. M. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados.* Coimbra: Coimbra, 2007, p. 386-388.

Apresentadas introdutoriamente tais problematizações para contextualizar os dilemas enfrentados pelo direito contratual no cenário contemporâneo da regulação no Brasil, passa-se a analisar na seqüência o objeto mediato das relações contratuais em tela: o bem energia elétrica.

2 QUESTÕES PROBLEMATIZANTES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA ENERGIA ELÉTRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 APROXIMAÇÕES PARA UM POSSÍVEL CONCEITO JURÍDICO DE ENERGIA ELÉTRICA

A mais adequada possível apreensão jurídica do conceito de energia para o Direito passa, necessariamente, pela recuperação de outros saberes que se dediquem ao tema. Na Física, por exemplo, conceitua-se energia como a capacidade de realização de trabalho resultante de uma potência dividida pelo tempo. A energia elétrica, por sua vez, é a capacidade de realização de trabalho que utiliza como meio a eletricidade[66]. Para a seara jurídica, contudo, o conceito de energia como fenômeno físico puro e simples não atrai preocupação. Da energia socialmente valorada, a qual constitui objeto do trânsito jurídico, é que o Direito se ocupa.

No Direito brasileiro, foi positivada a qualificação da energia elétrica como bem móvel no art. 155, parágrafo 3°, do Código Pena l, editado em 1940, com o intuito de garantir a criminalização da conduta do furto de energia elétrica. Antes disso, já havia, na doutrina[67] e em decisões judiciais[68], manifestações quanto ao

---

[66] A respeito da construção do conceito de energia elétrica ver, dentre outras obras, as seguintes: BACUSSI, Alessandro. *Introdução ao conceito de energia.* Porto Alegre, UFRGS – Instituto de Física, 2007; DUIT, Reinders; RHÖNECK. Christoph von. *Aprendizagem e compreensão de conceitos chave em eletricidade*. Rio de Janeiro: IF/UFRJ, 2010.

[67] “No direito patrio não ha dispositivo expresso sobre a subtracção dolosa da energia electrica, porque ao tempo em que foi promulgado o nosso Código Penal, a electricidade era considerada apenas como phenomeno physico-chimico, sem qualquer preoccupação de ordem economica. As suas variadas applicações industriaes e domésticas datam de época muito recente. [...] Melhor será, portanto, que se acceite a natureza material da electricidade, para todos os effeitos do invocado art. 330 do Codigo Penal. Essa conclusão será muito mais acertada do que deixar-se desamparado da lei o interesse legitimo de innúmeras companhias que exploram, entre nós, o serviço de energia electrica, invertendo, para isso, vultuosos capitaes. De vários modos ellas são lesadas, segundo os processos de fraude em voga. [...] Mas não basta que as empresas se defendam: é necessário que o Poder Publico secunde os seus esforços, amparando, por todos os modos, os seus legítimos interesses. Esse dever do Estado, aliás, está no seu proprio interesse porque as empresas de energia electrica são verdadeiras estações arrecadadoras do imposto federal sobre o consumo de electricidade. Ora, havendo desvio ou subtração de corrente electrica, em prejuízo das empresas, ha evasão de renda da União, porque o imposto é calculado sobre o quantum do energia consumida. É evidente, pois, que ha um verdadeiro entrelaçamento de interesse da União e das Empresas.” SOUZA, Sebastião José de. Furto de energia electrica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 68, a. 33, fasc. 400, p. 275, 1936.

caráter de bem móvel da energia elétrica, devido à necessidade do Estado de punir a subtração de energia elétrica, a fim de proteger os interesses e investimentos das companhias de distribuição de eletricidade. Permitido seja frisar que era a força protegendo a luz.

O Código Penal de 1940 resultou do trabalho da Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado, a qual contou com a participação de Nelson Hungria, cujo magistério ensina que, desde o século XIX, era controverso, tanto na doutrina, como na jurisprudência, afirmar se a energia constituía objeto adequado de furto.[69] Em aresto de 1896, o *Reichsgericht* decidiu que a subtração de energia elétrica não era conduta punível, tendo em vista a impossibilidade de aplicação analógica do tipo penal de furto no Direito alemão ao caso. Desta feita, o legislador alemão criou um tipo específico para a punição da conduta, por meio de lei especial, em 1900.

No Direito brasileiro, o Anteprojeto Sá Pereira tendia à configuração da subtração de energia elétrica como crime patrimonial *sui generis*. Todavia, prevaleceu o entendimento na Comissão Revisora de que era desnecessária a criação de uma figura especial de crime patrimonial. Desta feita, o art. 155, parágrafo 3º, do Código Penal brasileiro, editado em 1940, em verdadeira tradução, utilizou-se praticamente na íntegra da fórmula do art. 624 do Código Penal italiano, estabelecendo: *"Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra com valor econômico."*[70]

---

[68] Sentença do Juízo de Direito de Recife/PE: "FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – Constitue furto a utilização clandestina da energia elétrica. – A energia elétrica e qualquer outra energia que tenha valor econômico é considerada 'coisa movel', sendo, pois, suscetível de subtração criminosa." *Revista Forense*, Rio de Janeiro, p. 170, mar. 1940.

[69] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 7, p. 34.

[70] *Ibidem*, p. 34-37. De igual forma, a doutrina subsequente: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p. 84-87. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado.* 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 675. FRANCO, Alberto Silva *et tal*. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2001. v. 2, p. 2.494-2.495. PARIZATTO, João Roberto. *Furto, roubo, receptação.* Leme: Editora de Direito, 1997, p. 51-54. JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 554. DELMANTO, Celso *et tal*. *Código Penal comentado*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 461. MIRABETE, Julio Fabrini. *Código Penal interpretado*. 5. ed. atual. São Paulo, Atlas, 2005. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2, p. 238. No direito penal, o furto de energia é considerado pela jurisprudência como crime permanente, e não continuado. (TACrSP 86/373 - 66/374). Todavia, ainda que o dispositivo penal referente à matéria esteja situado no art. 155 do CP, a atuação ilícita na subtração de energia elétrica não é criminalizada necessariamente como furto. Por exemplo, o desvio de energia elétrica do medidor, por permitir que o agente obtenha vantagem ao gastar mais energia

Ressalte-se que, ao utilizar a fórmula *“ou qualquer outra com valor econômico”*, o Código Penal aponta que não apenas a energia elétrica, mas sim, toda aquela que for *“suscetível de incidir no poder de disposição material e exclusiva de um indivíduo* [...] *pode ser incluída, mesmo do ponto de vista técnico entre as coisas móveis”*.[71] A doutrina exemplifica das mais diversas formas possíveis tais tipos de energia, como: radioatividade, energia genética dos reprodutores, as energias térmicas, sonoras, cinéticas, pulsos telefônicos, térmica, mecânica, ar comprimido, vapor, solar, luminosa, *et coetera*.[72] Dentre os casos apreciados pelos tribunais pátrios com base em tal artigo, destacam-se o furto de pulsos telefônicos por intermédio de conexão clandestina à caixa terminal[73], a ligação internacional em telefone de propriedade alheia[74], e mesmo a realização de ligações em telefones públicos sem o uso de ficha[75], pois consideram que há subtração da energia elétrica que permite o funcionamento dos terminais da concessionária de telefonia. De igual forma, a conexão clandestina de água ou a alteração do encanamento de água antes do hidrômetro são consideradas condutas típicas em algumas decisões, com fulcro no indigitado dispositivo legal.[76] Todavia, em sentido oposto, há julgados que vêm considerando, ainda que com alguma divergência[77] conduta atípica a subtração de sinal de TV a cabo, pois se entende tratar de mero ilícito civil, ante a inadmissibilidade da analogia *in malam partem* no Direito Penal.[78]

Constitui, também, antecessor da qualificação jurídica da energia elétrica como bem móvel o art. art. 74, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional (Lei n.º

---

do que está autorizado pelo contrato, induzindo a vítima em erro ou engano, é punido sob a forma de estelionato. (RT 726/689 e HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 7, p. 37.)

[71] BRASIL. *Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Último acesso em: 03/01/2013.

[72] Conforme autores citados em nota anterior.

[73] Por exemplo: RT 622/292, 697/314.

[74] Por exemplo: TACrSP, TJDTACr 24/206.

[75] Por exemplo: TACrSP, TJDTACr 27/131.

[76] Por exemplo: RT 750/638, RJDTACr 26/177, e STJ, HC 13.509, 5ª Turma, rel. Min. Édson Vidigal, DJU, 11 dez. 2002.

[77] Pela possibilidade de tipificação do furto, STJ, HC 17.867-SP, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, 17.12.2002.

[78] Eg. RT 755/732, RJDTACr 92/177 e STF, HC 97261/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.abr.2011.

5.172/1966). Tal dispositivo considera que, para efeitos de incidência do *"Imposto sobre Operações Relativas a Combustíveis, Lubrificantes, Energia Elétrica e Minerais do País"*, a energia elétrica é considerada produto industrializado, portanto, bem móvel.[79]

Com base nos mencionados dispositivos legais, a doutrina do direito privado da primeira metade do século XX, ao tratar da distinção entre bens móveis e imóveis no direito brasileiro, também se consolidou no sentido de que a energia seria bem móvel, ainda que não houvesse disposição específica no Código Civil de 1916.

Nesse sentido, o posicionamento de Caio Mário da Silva Pereira é dos mais relevantes e citado por outros autores:

> O desenvolvimento técnico e o progresso vieram levantar uma indagação quanto à caracterização do gás e da corrente elétrica [como bens móveis]. Quanto ao primeiro, que sob o critério da removibilidade, se configura como coisa corpórea, não pode haver dúvida na sua definição como coisa móvel, dada a sua transportabilidade em espécie por via de tubulação ou de embotijamento. A corrente elétrica, porém, não tem a mesma corporalidade. A doutrina e jurisprudência brasileiras, conceituando o seu desvio irregular como furto, levavam à sua caracterização como coisa móvel, e o Código Penal brasileiro, encerrou qualquer controvérsia equiparando a energia elétrica, ou qualquer outra dotada de valor econômico, a coisa móvel (art. 155§ 3º).[80]

De igual forma, a jurisprudência passou a se manifestar quanto à classificação da energia dentre os bens móveis, ainda que não houvesse disposição

---

[79] Tal imposto foi instituído a partir de outros tributos estabelecidos no contexto brasileiro pós-II Guerra Mundial, com o intuito de garantir a produção, importação, circulação, distribuição e consumo dos produtos por ele abrangidos e considerados pelo legislador como essenciais – a fim de garantir a não incidência de outros tributos estaduais e municipais sobre estes. O referido dispositivo legal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que a instituição do imposto único saiu do rol de competências tributárias da União, entabulado pelo art. 153 do texto constitucional. Todavia, a extinção de tal imposto não implicou em redução da carga tributária, uma vez que os fatos geradores que o amparavam passaram para o âmbito da competência dos Estados e Municípios. A energia elétrica, em particular, passou a ser tributada pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). MACHADO, Hugo de Brito. *Temas de direito tributário.* São Paulo: RT, 1994, p. 26. CALMON, Eliana *et. al*. *Código Tributário Nacional comentado.* 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 216-217. SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira Silva. *Código Tributário Nacional comentado e anotado.* 4. ed. Campinas: CS, 2004, p. 181-184.

[80] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 19. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1, p. 367. Tal posicionamento é citado, por exemplo, por: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 124. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1, p. 183. Todavia, cumpre mencionar que outros autores se manifestavam no mesmo sentido, dentre eles: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil:* parte geral*.* 11. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 157. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil.* 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 339.

normativa específica de direito privado. É digna de nota a decisão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que trata de discussão de competência sobre ação de anulação de contrato de cessão de direito de usuário de energia elétrica.[81] De acordo com a decisão da vice-presidência do Tribunal de Alçada, a ação seria de matéria inespecífica, por se tratar de direito de usuário de energia elétrica. Todavia, o TJSP decidiu, com base na doutrina, e nos artigos 155, parágrafo 3º, do CP e 74, do CTN, "[...] *que, diante do interesse econômico referente à utilização da energia elétrica, envolvendo autor e réu da ação, a mesma versa, efetivamente, sobre contrato que tem por objeto bem móvel."*.[82]

A positivação de tal entendimento na legislação de direito privado propriamente dita se deu com o Código Civil de 2002, que, em seu art. 83, inciso II, estabelece: "*Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:* [...] *I - as energias que tenham valor econômico"*.

Em que pese todo o transcurso histórico da questão ora exposta, tal modificação foi recebida como verdadeira "novidade"[83], ante a necessidade de se "completar" o Código – de forma a abarcar todas as situações postas pela realidade, muito cara ao dogma da completude do Direito moderno.[84] A Comissão Elaboradora e Revisora e Elaboradora do Anteprojeto do Código Civil, na revisão que realizou em 1973, referente à Parte Geral, retirou a qualificação "naturais" das energias

---

[81] RT 569/72. "AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO DE USUÁRIO DE ENERGIA ELÉTRICA - COISA MÓVEL CARACTERIZADA - JULGAMENTO AFETO AO 1º TACIV/SP. Versando a ação sobre contrato que tem por objeto bem móvel, característica da Energia elétrica, a competência cabe ao 1º TACiv/SP". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 74, v. 597, p. 72-73, jul.1985.

[82] *RT* 569/72.

[83] São exemplos de autores que recepcionaram a classificação como novidade: ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro:* subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80 e CALIXTO, Marcelo Junqueira. Dos bens (art. 79 a 103). In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 160.

[84] Miguel Reale ressalta as dificuldades enfrentadas pela Comissão na classificação de determinados bens e a necessidade de se 'completar' a Codificação: "Casos há em que nos defrontamos com dificuldades imensas, para a exata determinação da natureza de certos bens. Por exemplo: a energia. Tivemos que completar o Código atual para considerar 'móvel' a energia que tenha valor econômico". Nada obstante, tal dogmatismo é merecedor de críticas, na medida em que a crise da codificação inerente à modernidade revela sua inaptidão para regular todas as situações da vida concreta. Nesse sentido, ver, por exemplo: TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. (org.). *A parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

indicadas como bens móveis do dispositivo que viria a se tornar o inciso I, do art. 83, do Código Civil atual, por entender que tal expressão seria demasiadamente restritiva.[85] De igual forma, nos debates parlamentares relativos à codificação, foi rejeitada a tentativa de modificação do termo “energias” por “produções energéticas”, pois o conceito de bem apenas abrange o que é suscetível de apropriação, uma vez que é mais restrito que a noção de coisas. Desta feita, a energia passível de ser considerada bem, é, evidentemente, aquela que for passível de ser apropriada, a que foi produzida.[86] Nesse sentido, foi incluída no texto a expressão *“que tenham valor econômico”,* de forma a ampliar o leque de energias abrangidas pela codificação, tal qual a legislação penal.

O Código Civil brasileiro de 2002, além de qualificar a energia elétrica como bem móvel, ainda a classifica, de acordo com os artigos 85 a 87 do referido diploma, como: (i) bem fungível, pois uma determinada quantidade de energia pode ser substituída por outra de mesma espécie, qualidade e quantidade; (ii) bem consumível, tendo em vista que, embora não seja destruída no processo produtivo[87], esta é transformada em outra forma de energia; (iii) bem divisível, já que é possível o seu fracionamento sem alteração de substância, ou diminuição no valor, ou

---

[85] ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro:* subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 96-97.

[86] MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org.). *Código Civil brasileiro no debate parlamentar elementos históricos da elaboração da Lei no. 10.406, de 2002*. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara, 2012, p. 1.147.

[87] Para fins jurídicos, pode ser classificada como bem consumível mesmo que, em termos técnicos, mais adequados ao saber da Física, a energia não seja propriamente destruída ou mesmo consumida ao longo do processo produtivo. Isso se dá por decorrência da lei física da conservação da energia, que estabelece que a quantidade total de energia de um sistema isolado permanece constante. Ou seja, a energia não pode ser criada ou destruída, mas apenas transformada. Para fins didáticos, porém, se aceita a classificação apontada.

Um exemplo interessante de tal aspecto na prática decorre das limitações técnicas atuais de baterias para o armazenamento da energia excedente em empreendimentos de geração alternativa, como usinas fotovoltaicas, em países de inverno rigoroso, como a Alemanha e Suíça. Nesses países, a geração de energia solar cai significativamente no inverno e gera excedentes durante o verão que não podem ser suficientemente armazenados em larga escala de uma estação para outra para compensar as flutuações na geração. Sendo assim, foram criadas hidrelétricas por bombeamento em regiões montanhosas, em especial nos Alpes suíços, que utilizam essa energia excedente, ou energia elétrica comprada a baixo custo no mercado, para bombear água aos reservatórios, que será utilizada para gerar novamente energia elétrica em momentos em que houver menor quantidade de energia no sistema. Ou seja, há a transformação de energia solar ou eólica em energia elétrica, a transformação desta energia elétrica em energia potencial nos lagos de tais hidrelétricas, e finalmente a transformação desta última novamente em energia elétrica. MUMBELLI, Armando. *Bateria elétrica da Europa está nos Alpes suíços.* Disponível em: <http://www.swissinfo.ch>. Acesso em: 22/12/2012.

prejuízo do uso a que se destina.

A classificação proposta pelo Código Civil, conforme exposto acima, não pode ser aceita sem exame crítico. Nesse sentido, Pietro Perlingieri ressalta a impossibilidade de se propor em abstrato a classificação dos bens, a qual deve estar estabelecida *“em relação ao contexto normativo da concreta relação”*.[88] Assim, para fins de classificação, os bens não podem ser considerados sob um ponto de vista estático e abstrato, eis que os caracteres são impostos como qualificações dos bens em relação à ordem de interesses por eles atendida.[89]

Por tais razões, pode-se concluir que a classificação da energia elétrica como bem móvel nas codificações tem por único intuito garantir mecanismos jurídicos relacionados à sua apropriação, seja, como se viu, para a tipificação da conduta de furto quando esta apropriação for indevida, ou, ainda, para viabilizar a estruturação de mecanismos para seu trânsito jurídico. A classificação examinada, contudo, não considera a dimensão social do bem, na medida em que deixa de se ocupar do papel da energia na sociedade como um todo, seja considerando a conservação ou promoção da dignidade da pessoa humana, assim entendida como sua essencialidade, seja considerando o custo social da produção de energia, que transcende os limites dos custos dos seus agentes geradores.

2.2 REFLEXÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA ENERGIA ELÉTRICA NO DIREITO BRASILEIRO: ENTRE A ESSENCIALIDADE E O CUSTO SOCIAL

A energia elétrica, conforme se analisou, tem natureza jurídica de bem, em razão de ser economicamente apropriável, além de estar sujeita à valoração no mercado. À medida que o ordenamento jurídico atribui a ela a qualidade de bem, em contrapartida também a submete a um determinado regramento, vale dizer, a um estatuto jurídico de acesso. Tal estatuto visa à disciplina, em cada caso, das relações do objeto jurídico em referência ao sujeito jurídico que dele se apropria.

Ricardo Lorenzetti aponta que as instituições de Direito Privado foram

---

[88] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 212.

[89] *Ibidem, loc. cit.*

originalmente delineadas sem levar em conta (ou contando com) a exclusão de determinados grupos sociais do sistema, por exemplo, a propriedade se ocupa de quem já é proprietário e o contrato de quem já é contratante. Denuncia a existência de um “umbral de acesso ao Direito Privado”, que impede tais grupos de obterem a devida tutela perante o sistema jurídico.[90] Entende, então, que contemporaneamente há necessidade de se encarar o Direito Privado sob a perspectiva do acesso, de modo a permitir esses grupos ultrapassem o referido umbral. Em relação ao direito à propriedade, “quando os recursos são indispensáveis, há dificuldades de conceder a alguns aquilo que deveria ser atribuído a todos”. Assim, cabe ao sistema jurídico promover o acesso a tais bens de relevância social, que não podem ser deixados, sob uma lógica individualista, inteiramente ao mercado.[91]

Desta forma, é necessário pensar o bem energia para além de sua dimensão de apropriação individual. Tal preocupação se justifica porque a energia elétrica é extremamente significativa para toda a sociedade, gerando impactos positivos e negativos em toda a sua cadeia produtiva até o usuário final. Os mencionados impactos não podem ser contidos na restrita alcova das relações econômicas entre os agentes setoriais. Desta forma, a relevância social da energia é multidimensional, de modo que ultrapassa o palco das relações de mercado, as quais têm por objeto apenas a sua apropriação e o seu trânsito jurídico.

A fim de problematizar os aspectos transindividuais da energia elétrica no âmbito das relações contratuais, o presente estudo pretende tratar, ainda que brevemente, de duas dessas dimensões da energia elétrica: a sua essencialidade e o seu custo social de produção.

Dois alertas, contudo, fazem-se necessários. Primeiramente, deve-se ressaltar que não se olvida de outras esferas de semelhante relevância coletiva da energia, como, por exemplo, segurança nacional ou desenvolvimento tecnológico. Entende-se, todavia, que as duas esferas indicadas, ou seja, essencialidade e custo social de produção são relevantes e abrangem temas comuns às demais. Ainda, tratar de todas as mencionadas esferas teria por consequência ampliar

---

[90] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado.* São Paulo: RT, 1998, p. 85-88.

[91] Ibidem, p. 98-100.

excessivamente o objeto de estudo do presente trabalho.

O segundo alerta também se refere à preocupação quanto aos limites de escopo e extensão deste estudo. Em razão de tais limites, tanto essencialidade quanto custo social de produção serão tratados de forma sucinta, de modo a apresentar um panorama geral. Sendo assim, serão apenas introduzidos indícios da existência de tais dimensões, suficientes para o estudo ora desenvolvido.

2.2.1 Essencialidade

O paradigma da essencialidade foi desenvolvido por Teresa Negreiros a partir da classificação dos bens inseridos na ótica do direito civil-constitucional, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, para a tutela do mínimo existencial.[92] Tal perspectiva revela-se indispensável para a análise da energia elétrica, objeto do presente estudo, na medida em que realça o componente funcional dos bens, estabelecendo a diferenciação destes com base na função que desempenham para os sujeitos que deles se servem. O mencionado paradigma utiliza, assim, como ponto de partida a classificação das benfeitorias (necessárias, úteis e voluptuárias), bem como a utilidade que estas representam para a pessoa,

---

[92] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato* – novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 423.

Sobre o mínimo existencial, cumpre trazer à colação o magistério de Ricardo LOBO Torres, um dos precursores de tal conceito na literatura jurídica brasileira: "Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. O direito é mínimo do ponto de vista objetivo (universal) ou subjetivo (parcial). E objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública etc. Subjetivamente, em seu *status positivus libertatis*, é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza. [...] O mínimo existencial é direito de dupla face: a) aparece com o direito subjetivo e também como norma objetiva; b) compreende os direitos fundamentais originários (direitos da liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima e irredutível; c) do ponto dc vista da efetividade, apresenta a duplicidade do *status negativus* e do *status positivus libertatis*." TORRES, Ricardo LOBO. *O direito ao mínimo existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35-36. "o mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, é oponível à administração, gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja ou não lei ou regulamento." TORRES, Ricardo LOBO. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, p. 46, jul./set. 1989.

além de suas necessidades essenciais, para estabelecer um critério de classificação. De acordo com a proposta da autora, ao utilizar a destinação existencial, contraposta à destinação meramente patrimonial, resta elevada a pessoa concretamente considerada como ponto de referência para a qualificação das espécies diversas de bens e, consequentemente, para a determinação do grau de preponderância pública ou privada do contrato. Ou seja, haverá prevalência de caracteres de direito público ou de direito privado na proporção da utilidade existencial do bem contratado.[93]

Em síntese, nas palavras da própria autora:

> Propõe-se, portanto, uma diferenciação que tenha como base a destinação do bem cuja aquisição ou utilização seja objeto do contrato. O paradigma da essencialidade constitui a base para uma tal diferenciação, e encontra fundamento na Constituição, na medida em que esta instituiu uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, impondo, desta forma, o reconhecimento da influência de interesses não-patrimoniais sobre a conformação jurídica das relações contratuais. Por isso, há de se distinguir os contratos em que tais interesses extrapatrimoniais estão presentes daqueles outros contratos nos quais, ao contrário, as obrigações assumidas sejam instrumento de satisfação de interesses exclusivamente patrimoniais.[...]
>
> Os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável — assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão —; e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma.[94]

Deve ainda ser ressaltado que, sob o prisma do paradigma da essencialidade, o grau de utilidade do bem não decorre apenas da natureza deste, abstratamente considerada, mas, da sua destinação funcional no exame do caso concreto da relação contratual analisada.[95]

Ou seja, a autora em questão indica que o grau de intervenção pública no regime jurídico contratual irá variar dinamicamente, de acordo com o grau de essencialidade do bem transacionado. Assim, de modo progressivo, restará reduzido o espaço de prevalência dos princípios individuais do contrato (autonomia privada negocial, força obrigatória e relatividade de efeitos) à medida que o objeto da

---

[93] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato* – novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 423-462.

[94] *Ibidem*, p. 461-463.

[95] *Ibidem*, p. 470.

relação contratual se revelar mais imprescindível às partes contratantes, de acordo com a destinação funcional que lhe seja conferida. Judith Martins Costa, embora considere adequado tal posicionamento, entende que a essencialidade ao invés de se basear em critérios subjetivos relacionados à destinação que se faz do uso bem, deve se prender a critérios objetivos, ainda que historicamente relativos, como por exemplo as utilidades indicadas no parágrafo 1º da Lei de Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/1951).[96]

Do exposto, conclui-se que a análise da energia elétrica sob tal prisma, ainda que brevemente, permite verificar o relevante papel que esta exerce no mundo contemporâneo.

No plano internacional, o acesso à energia elétrica, embora não seja um direito humano expressamente reconhecido por tratados internacionais, vem progressivamente sendo objeto de preocupação de órgãos de monitoramento de direitos humanos das Nações Unidas, em especial no âmbito do Comitê CEDAW e do Comitê DESC.[97]

Em tais Comitês, o acesso à energia elétrica é considerado um aspecto essencial para o atendimento de necessidades humanas básicas, sendo componente relevante para a efetivação da igualdade de gênero e para o acesso a Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais.[98] No mesmo sentido, as Nações

---

[96] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5. t. 2, p. 263.

[97] “Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher” e o “Comitê de Monitoramento do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais”, respectivamente. TULLY, Stephen R. The Contribution of Human Rights to Universal Energy Access. *Northwestern Journal of International Human Rights*. Chicago: Northwestern University School of Law, 2006, v. 4, n. 3, p. 518-548.

[98] Utiliza-se aqui a nomenclatura do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais adotado pela Resolução 2200ª (XXI) da Assembleia Geral da ONU, em 1966 e ratificado pelo Brasil através do Decreto n.° 591/92. A Conven ção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, ratificada sem reservas pelo Brasil através do Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002, reconhece expressamente em seu art. 12, inciso 2°, alínea “h” a necessidade de ser assegurado à mulher “h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente no que diz respeito à habitação, saneamento, <u>fornecimento de eletricidade</u> e abastecimento de água, transportes e comunicações.” (grifo nosso)

Como exemplos de tal preocupação pode-se citar os seguintes documentos dos indigitados comitês de monitoramento: Comm. on the Elimination of Discrimination Against Women, *Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*, U.N. GAOR, 59th Sess., Supp. No. 38, 118, § 125, U.N. Doc. A/59/38, (2004). Comm. on the Elimination of Discrimination Against Women, *Concluding Observations for Guyana & Bosnia and Herzegovina*, §§ 92, 743, U.N. Doc. A/49/38 (1994). Comm. on the Elimination of Discrimination Against Women, *Report of the Committee*

Unidas vêm desenvolvendo ações específicas no que se refere ao reconhecimento da ligação do direito de acesso à energia elétrica ao direito humano ao desenvolvimento sustentável e redução de pobreza, como, por exemplo, a instituição do grupo de trabalho sobre acesso à energia no *Global Network for Sustainable Development* (GNESD) no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).[99]

Desta forma, a energia elétrica é considerada internacionalmente um elemento de extrema relevância para o acesso a direitos humanos econômicos e sociais, como saúde, educação, alimentação adequada, moradia e trabalho.[100] Não é possível, por exemplo, o funcionamento adequado de escolas e hospitais sem energia, o que causa impacto diretamente no acesso aos direitos humanos à saúde e à educação. De igual forma, o acesso à energia é considerado componente indissociável do direito humano à moradia adequada.[101]

---

on the Elimination of Discrimination Against Women, § 128, U.N. Doc. A/57/38, pt. I, (2002). Comm. on the Elimination of Discrimination Against Women, *Summary Record of the 275th Meeting*, 14th Sess., U.N. Doc. CEDAW/C/SR.275, § 17 (1995). *General Comment No. 4 on the Right to Adequate Housing Contained in Art XI(1) of the ICESCR*, § 8(b). N. Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living*, §§ 35, 46(b), U.N. Doc. E/CN.4/2002/59 (2002) (*prepared by* Miloon Kothari). U.N. Housing Rights Programme, *Monitoring Housing Rights: Developing a Set of Indicators to Monitor the Full and Progressive Realisation of the Human Right to Adequate Housing*, *Working Paper No. 1*, 13, 18, (2003). Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14 (2000), *The Right to the Highest Attainable Standard of Health (art. 12 of the ICESCR)*, § 11, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

[99] BRADBROOK, Adrian J; GARDAM, Judith Gail. Placing Access to Energy Services within a Human Rights Framework. *Human Rights Quarterly.* Baltimore: The Johns Hopkins University Press, v. 28, n. 2, maio 2006, p. 389-415.

[100] “É importante ressaltar a relação existente entre o desenvolvimento energético e o de outros serviços de infra-estrutura social, especialmente nas áreas rurais e urbanas periféricas. Nesses casos, o déficit de cobertura energética toma-se um obstáculo à viabilização da oferta de serviços básicos, tais como água, esgoto, saúde, educação e comunicação. É fundamental que a extensão dos serviços de energia elétrica exerça um papel pioneiro, universalizando o atendimento para que a falta de abastecimento não venha a se transformar em obstáculo à viabilização de outros serviços sociais básicos, que ainda são extremamente deficientes.” OLIVEIRA, Mauro Machado de; *et al*. Tarifação energética residencial urbana e rural e privatização do setor elétrico. Revista Brasileira de Energia, São Paulo, vol. 14, n. 2, 2 sem. 2008, p. 98.

[101] No “Contra Informe da Sociedade Civil ao Relatório Periódico do Governo Brasileiro sobre a Implementação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Brasil” apresentado pelas organizações de direitos humanos brasileiras ao “Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas” (Comitê DESC-ONU), a carência de energia elétrica é apontada dentre os déficits infraestruturais que impedem o pleno acesso ao direito humano à moradia no país. CONTRA INFORME DA SOCIEDADE CIVIL. *Exame do Primeiro Informe Periódico do Governo Brasileiro sobre a Implementação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Brasil*, p. 65.

Segundo relatório da Agência Internacional de Energia (IEA), aproximadamente 1,317 bilhões de pessoas não possuíam acesso à eletricidade no mundo, em 2009. Destas, a maior parte dos excluídos estão situados em áreas rurais, cujo percentual de eletrificação é de apenas 68,0%, enquanto que nas áreas urbanas é de 93,7%, demonstrando, assim, a desigualdade de acesso à energia rural e urbana em nível mundial.[102] No mesmo sentido, um estudo do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas estabeleceu estreita correlação entre acesso à energia e redução de pobreza e crescimento macroeconômico.[103] De igual forma, o Grupo de Trabalho sobre Acesso à Energia da Rede Global sobre Energia para o Desenvolvimento Sustentável, em estudo realizado com informações de especialistas de todos os continentes, aponta que a implementação de serviços básicos eletricidade, como iluminação e cocção de alimentos, proporciona às comunidades pobres mais tempo para o exercício de atividades educacionais, obtenção de informação e outras atividades produtivas, enquanto o acesso a maiores níveis de energia geram renda familiar e incorporação de comunidades no processo de desenvolvimento.[104] No mesmo sentido, também é demonstrada pela literatura econômica a correlação existente entre a renda *per capita* e o consumo

---

[102] "For the billions of people currently deprived, the lack of access to modern forms of energy tends to go hand-in-hand with a lack of provision of clean water, sanitation and healthcare. It also represents a major barrier to economic development and prosperity." INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2011 – Energy for all: financing access for the poor.* Paris: OECD/IEA, 2011, p. 11-13.

[103] "When energy analyses and discussions appear in the PRSP reports, they most often relate to macroeconomic issues and economic growth, as well as the links between lack of energy and income poverty at the household level. On average, 93 percent of PRSPs addressed the linkages between energy and macroeconomic development, while 70 percent mentioned the link between energy and income poverty." UNDP*. Energizing poverty reduction.* New York: UNDP, 2007, p. 9.

[104] "Electricity for basic services such as lighting and cooking can free people from the arduous and time consuming burden of collecting traditional biofuels, leaving more time for educational or other productive activities. It can also open a window to the rest of the world via media access.

When supplied at higher power levels, electricity provides the energy required for the development of directly productive agricultural or industrial activities that generate income. This point is of major importance. If people are to be lifted out of the poverty trap they need to be given the potential to increase their income. It is having an income which will, ultimately, allow the poor to pay for the energy services that underlie development, and thus allow them to become fully incorporated into the development process." GNESD. *Energy Access theme results.* Roskilde: GNESD, 2004, p. 3. De igual forma: GOLDEMBERG, José; *et al*. *Energia para o desenvolvimento*. São Paulo: T. A. Queiroz, Editor, 1988, p. 34-38.

comercial de energia de diferentes países.[105]

Para situar a questão no âmbito nacional, ao contrastar a distribuição dos índices de atendimento de energia elétrica com os Índices de Desenvolvimento Humano (IDH)[106] no Brasil, observa-se uma nítida sobreposição entre as áreas com baixo desenvolvimento humano e aquelas com reduzido índice de atendimento de energia elétrica, constatando-se, portanto, uma direta correlação entre desenvolvimento socioeconômico e consumo de energia.[107] Ao exemplificar tal correlação, verificou-se que o aumento de tarifas durante o período da crise energética brasileira de 2001 gerou uma redução no bem-estar de famílias de baixa renda, conforme demonstrado em pesquisa do Centro Sobre Desigualdade e Desenvolvimento da Universidade Federal Fluminense.[108]

Assim, no que toca à essencialidade, a energia elétrica está inserida dentro

---

[105] “Analyzed on an aggregate basis there appears to exist a strong correlation between energy consumption and income per capita. This can be seen from Figure 1.3 which shows this relationship for low-income, middle-income, and high income (industrialized market) countries. As per capita income increases energy consumption apparently increases at a constant rate. [...]

Given the many factors that can explain differences in per capita energy use, it is perhaps remarkable that among the developed, industrialized countries, energy use relative to income varies as little as it does. This is but another confirmation of the fact that high per capita income levels depend on high levels of modern-sector activities, which in turn vitally depend on the use of substantial quantities of inanimate energy.” MUNASINGHE, Mohan; SCHRAMM, Gunter. *Energy economics, demand management and conservation policy*. New York: Van Nostrand Reinhold, 1983, p. 15-18.

[106] MUNASINGHE, Mohan; SCHRAMM, Gunter. *Energy economics, demand management and conservation policy.* New York: Van Nostrand Reinhold, 1983, p. 15. O IDH é o índice de desenvolvimento social mais difundido e o utilizado pelas Nações Unidas. Não obstante, cumpre ressaltar que não é um indicador isento de críticas, como as limitações apontadas por Amartya Sen e Joseph Stiglitz no *“Report of the commission on the measurement of economic performance and social progress”* elaborado a pedido do governo francês em 2009. STIGLITZ, Joseph; SEN, Amartya; FITOUSSI, Jean-Paul. *Report of the commission on the measurement of economic performance and social progress*. Disponível em: <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/en/index.htm>. Acesso em: 01/07/2011.

[107] PNUD. *Atlas do Desenvolvimento Humano.* Brasília: PNUD, 2000. Disponível em: <www.pnud.org.br >. Data de acesso: 15 out. 2010. GNESD. *Energy Access theme results.* Roskilde: GNESD, 2004, p. 3.

[108] “Os resultados obtidos mostram que, para a primeira classe de renda (os mais pobres), a posse de equipamentos diminuiu. De fato, para esse grupo observou-se que a despesa com consumo caiu entre 1996 e 2003. Como a posse e/ou freqüência de uso dos equipamentos diminuiu, esperar-se-ia uma redução do consumo de energia elétrica, o que de fato ocorreu. Os custos elevados da tarifa de energia elétrica levaram a uma forte inibição do consumo de energia para essas famílias, se traduzindo, possivelmente, numa piora ainda maior do seu bem-estar.” COHEN, Claude; MENDONÇA, Rosane; CHAGAS, Mônica; AGUIAR, Anna C. *O papel das tarifas de energia elétrica na queda da desigualdade de renda no Brasil.* Texto para Discussão. Rio de Janeiro: CEDE-UFF, 2008, n. 11, p. 20.

do conjunto de elementos básicos que garantem a eficácia da dignidade da pessoa humana, estabelecida pelo art. 1°, inciso III, da CF/1988 e que compõem o seu mínimo existencial, permitindo o acesso ao rol de direitos fundamentais sociais explicitamente reconhecidos pelos artigos 7° e 8°, da CF/1988, como saúde, educação, moradia, entre outros.

Em nível infraconstitucional, a Lei n° 7.783/89, que regulamenta o art. 9º, da Constituição Federal e garante o exercício do direito de greve, estabelece no inciso I, de seu artigo 9º, a produção e distribuição de energia elétrica como serviço ou atividade essencial. Deste modo, em tais atividades há limitação do exercício do direito de greve por parte de sindicatos, de empregadores e de trabalhadores, restando estes obrigados a garantir, durante a greve, a *“prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”*, na forma do art. 11 do referido texto legal. De igual forma, no parágrafo único do art. 2º da Lei de Crimes Contra a Economia Popular, citada por Judith Martins-Costa como possível elemento objetivo ao princípio da essencialidade, a energia elétrica, sob a rubrica da “iluminação”, é considerada bem indispensável à subsistência do indivíduo e ao exercício normal de suas atividades.

No mesmo sentido, para exemplificar a implementação do direito ao acesso à energia elétrica no plano infraconstitucional, pode também ser mencionado o Decreto n° 4.873/2003, alterado pelo Decreto n° 6.442/2008, que instituiu o “Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica”, destinado a garantir acesso à parcela da população que ainda não dispõe de energia elétrica. De igual forma, a falta de acesso à energia elétrica foi um dos critérios metodológicos utilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a definição do perfil da pobreza extrema no Brasil, na implementação do “Plano Brasil sem Miséria”, estruturado em 2011, pelo Poder Executivo.[109]

O Poder Judiciário também reconhece indiretamente a essencialidade do acesso à energia elétrica. Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui larga jurisprudência em casos de inviabilidade do corte de eletricidade por

---

[109] BRASIL MDS. *O perfil da Extrema Pobreza no Brasil com base nos dados preliminares do universo do Censo 2010*, p. 2. Disponível em: <www.mds.gov.br >. Data de acesso: 01/07/2011.

inadimplência do consumidor nas mais diversas hipóteses, tais como:[110] quando o inadimplente for comunidade simples de agricultores;[111] quando o inadimplente for hospital, devido à prevalência do interesse público maior de proteção à vida;[112] em razão de débito irrisório, por configurar abuso de direito e ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade;[113] quando o débito decorrer de suposta fraude no medidor de consumo de energia, apurada unilateralmente pela concessionária.[114]

Além da perspectiva social, a insuficiência do acesso à energia em nível nacional também representa um entrave para o desenvolvimento econômico e independência internacional dos países latino-americanos.[115]

A energia é fator essencial para todo o setor produtivo, de modo que qualquer irregularidade no sistema afeta como um todo a atividade econômica no país.[116] Conforme destaca Luiz Gustavo Kaercher Loureiro:

> Considere-se o grande número de empregos gerados, a dimensão dos capitais mobilizados e dos recursos naturais estratégicos utilizados na indústria elétrica, o volume econômico-financeiro movimentando continuamente pelo setor, dentre outros fatores. Só por estes, ela mereceria um destaque pela importância que possui na economia do país.
>
> Mas, por sobre todos eles está a *importância intrínseca* da utilidade produzida, da energia elétrica. E é tal esta importância que se pode dizer ser a energia elétrica um *elemento constitutivo da sociedade e do Estado moderno, sem a qual suas instituições econômicas e*

---

[110] STJ – REsp 816689/SP, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julg. em 04.09.2008, *DJ-E* 17.03.2009.

[111] STJ – AgRg na SLS 36/CE, rel. Min. EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julg. em 20.03.2006, *DJ* 03.04.2006, p. 190.

[112] STJ – REsp 621435/SP, rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julg. em 21.09.2006, DJ 19.10.2006, p. 240; STJ – REsp 876723/PR, rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12.12.2006, *DJ* 05.02.2007, p. 213.

[113] STJ – REsp 811690/RR, rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julg. em 18.05.2006, *DJ* 19.06.2006, p. 123.

[114] STJ – AgRg no REsp 854002/RS, rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julg. em 15.05.2007, *DJ* 11.06.2007, p. 282; STJ – AgRg no Ag 752292/RS, rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julg. em 21.11.2006, *DJ* 04.12.2006, p. 268; STJ – REsp 834.954/MG, rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julg. em 27.06.2006, *DJ* 07.08.2006, p. 213; STJ – REsp 914828/RS, rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julg. em 08.05.2007, *DJ* 17.05.2007, p. 232; STJ – REsp 975.314/RS, rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julg. em 20.09.2007, *DJ* 04.10.2007 p. 229.

[115] FURTADO, Celso. *A economia latino-americana.* 2. ed. São Paulo: Nacional, 1976, p. 188.

[116] Sobre os diferentes impactos macroeconômicos da energia, ver: MUNASINGHE, Mohan; SCHRAMM, Gunter. *Energy economics, demand management and conservation policy.* New York: Van Nostrand Reinhold, 1983, p. 16-39.

políticas materialmente não funcionam.[117] [destaque no original]

Segundo estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), desde fins dos anos 1980, o setor elétrico converteu-se em um dos principais "gargalos" para o desenvolvimento econômico do Brasil, ante a dificuldade do Estado em reunir as condições econômico-financeiras para os investimentos necessários para a expansão e garantia da confiabilidade do sistema, de forma a atender adequadamente ao aumento do consumo residencial e industrial de eletricidade.[118]

Como exemplo claro de tal correlação, é possível citar o impacto econômico decorrente da crise energética de ocorrida em 2001. Devido à crise, a taxa de crescimento da economia nacional caiu de 4,3%, em 2000, para 1,3%, em 2001, gerando elevados níveis de desemprego no período. O Brasil sofreu um prejuízo de R$ 45,2 bilhões, do qual os consumidores brasileiros arcaram diretamente com R$ 27,12 bilhões, equivalente a aproximadamente 60%, por meio do chamado "Repasse Tarifário".[119] O restante do prejuízo foi custeado pelo Tesouro Nacional, onerando duplamente os contribuintes.[120]

Percebe-se, assim, uma nítida interdependência entre setor elétrico e desenvolvimento nacional, tornando evidente a essencialidade da energia também

---

[117] LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica: premissas gerais. *Revista de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul*, Santa Cruz do Sul, n. 28, p. 180-181, jul./dez. 2007.

[118] IPEA*. Comunicado do IPEA,* n. 51 Disponível em: <www.ipea.gov.br >. Data de acesso: 15/10/2010. GOLDEMBERG, José; *et al*. *Energia para o desenvolvimento*. São Paulo: T. A. Queiroz, Editor, 1988, p. 39-46.

Segundo Maurício Tolmasquim, "o investimento na cadeia de produção da eletricidade abrange três segmentos principais: geração, transmissão e distribuição (inclusive instalações gerais). Na geração, refere-se à implantação das novas usinas. Na transmissão, além das inversões na expansão e na construção de novas interligações entre os subsistemas, incluem-se também o reforço de toda a malha da rede básica, em consonância com o aumento da carga e dos fluxos de energia. A distribuição envolve a instalação de equipamentos e a expansão da rede de média e baixa tensão, dependente da evolução do consumo final." TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. *et al.* Visão Prospectiva da Matriz Energética Brasileira: Energizando o desenvolvimento sustentável do país. Revista Brasi leira de Energia, São Paulo, vol. 13, n. 1, p. 1-19, 1. sem. 2007.

[119] Segundo auditoria do Tribunal de Contas da União, concluída em 2009, cujo relator foi o Ministro Walton Alencar Rodrigues. TCU. *Relatório de Auditoria da Crise Energética.* Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 03/01/2013.

[120] Nos EUA, o Estado da Califórnia passou por crise semelhante, também por decorrência dos processos de liberalização do setor elétrico naquele estado. A tal respeito ver: YERGIN, Daniel. *The quest – energy, security, and the remaking of the modern world.* New York: Penguin, 2011, p. 379-395. SAUER, Ildo Luis; LONGO, Riolando. Semelhanças entre as crises energéticas na Califórnia e no Brasil. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 9, n. 1.

neste âmbito, em complementação à perspectiva de acesso aos direitos humanos.

No curso do presente estudo, pretende-se demonstrar que os diferentes ambientes de comercialização de energia elétrica e seus respectivos regimes de contratação, estruturados a partir da reforma implementada pela Lei n.º 10.848/2004, levam em consideração o perfil dos consumidores atendidos (livres ou cativos) pelos agentes de geração.

2.2.2 Custo social

Em paralelo à essencialidade, a energia elétrica possui, dentre suas características, o fato de que não é possível produzi-la em larga escala sem custo social algum.

A noção de custo social envolve também a perspectiva socioambiental, a qual, por sua vez, está ligada ao princípio da princípio da equidade intergeracional, ou equidade no acesso aos recursos naturais em relação às futuras gerações. Tal princípio encontra-se positivado no direito brasileiro, no *caput* do art. 225 da Carta Magna, que estabelece a incumbência ao Estado e a toda a sociedade quanto à defesa e preservação do meio ambiente para as gerações vindouras.[121] Nesse sentido, o mencionado princípio estabelece um dever de solidariedade entre presentes e futuras gerações que habitam e habitarão o planeta. A positivação desta diretriz fundamental, no texto constitucional, decorre da transposição para o direito interno do Princípio 1 da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente de 1972.[122]

Sob o ponto de vista do direito ambiental brasileiro, Paulo Affonso Leme Machado destaca os seguintes aspectos do princípio da equidade intergeracional:

> A equidade no acesso aos recursos ambientais deve ser enfocada não só com relação à localização espacial dos usuários atuais, como em relação aos usuários potenciais das

---

[121] "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

[122] SILVA, Anderson Furlan Freire da. *Direito ambiental.* Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 111-112.

> gerações vindouras. Um posicionamento equânime não é fácil de ser encontrado, exigindo considerações de ordem ética, científica e econômica das gerações atuais e uma avaliação prospectiva das necessidades futuras, nem sempre possíveis de serem conhecidas e medidas no presente.[123]

Seja qual for a fonte de energia utilizada, haverá impactos socioambientais significativos na geração elétrica em grande escala, os quais devem ser, senão evitados, ao menos mitigados.

Para tanto, a legislação ambiental brasileira, em especial a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/1981), estabelece a necessidade de se estabelecer a tutela do meio ambiente, de grande relevo para o tema da geração de energia. Essa tutela pode ser de caráter preventivo, como por exemplo, com os mecanismos de licenciamento ambiental, em especial os Estudo Prévio de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), com fundamento no art. 225, §1º, IV da Constituição Federal e Resolução Conama 237/1997, necessários para obras de significativos impactos ao meio ambiente – como a maior parte daquelas do setor elétrico. E de caráter punitivo/reparatório, decorrente do art. 225, §3º, da CF/1988, que prevê a tríplice responsabilidade do poluidor, qual seja: penal; administrativa; e civil.[124]

Isso é especialmente importante em um sistema elétrico majoritariamente hidrotérmico, como o brasileiro. Neste tipo de sistema, as usinas hidrelétricas alagam grandes áreas de extensão, afetando os sistemas hídricos das regiões em que estão situados. Essas usinas, além do impacto na fauna e flora, afetam parcelas consideráveis de toda a população, em especial aquelas atingidas por barragens. O

---

[123] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57. No mesmo sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo trata do princípio nomeando-o "princípio do desenvolvimento sustentável: "Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição." FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro. 8 ed. rev. amp.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29-32.

[124] Evidentemente não é possível aprofundar aqui todo o tratamento da legislação brasileira para a tutela do meio ambiente, esta é apenas mencionada como indício da relevância do custo social da energia. Para maiores aprofundamentos, além das obras já citadas, ver, por exemplo: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006. MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* 6 ed. São Paulo: RT, 2009. SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana criou uma Comissão Especial para a averiguação de denúncias de violações a direitos humanos apresentadas pelo Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), realizou uma série de constatações sobre a temática barragens e violação de direitos humanos, destacando-se os seguintes aspectos:

> "Os estudos de caso permitiram concluir que o padrão vigente de implantação de barragens têm propiciado de maneira recorrente graves violações de direitos humanos, cujas consequências acabam por acentuar as já graves desigualdades sociais, traduzindo-se em situações de miséria e desestruturação social, familiar e individual.
>
> Ainda que iluminar as verdadeiras causas não tenha sido, propriamente, o objetivo da Comissão, é possível perceber alguns dos fatores que podem contribuir para o entendimento da ocorrência das violações dos direitos dos atingidos por barragens, a partir dos casos aqui apresentados.
>
> a) O acesso à informação qualificada é fundamental para a garantia do direito à participação democrática. Isso não obstante, conforme igualmente observado pela Comissão, são muitas as razões que acabam impedindo que as informações pertinentes cheguem, de fato, aos principais interessados. Entre outras, pode-se mencionar:
>
> b) omissão ou recusa de fornecer aos interessados informações relevantes, como, por, exemplo, resultados de levantamentos cadastrais ou, até mesmo, a lista de famílias e/ou propriedades consideradas pela empresa como atingidas, assim consideradas pelas empresas;
>
> c) falta de assessoria jurídica;
>
> d) uso de linguagem inacessível ao público de não especialistas;
>
> e) fornecimento de informações contraditórias ou, mesmo, falsas;
>
> f) precariedade e insuficiência dos estudos ambientais, além da falta de oportunidade efetiva para participação, como a não-ocorrência de audiências públicas ou realização de audiências e outros fóruns cujo formato não favorece a participação popular efetiva;" [125]

Como evidência dos custos sociais relativos à utilização dos recursos hídricos na geração de energia elétrica por fontes hidráulicas, pode-se indicar a Compensação Financeira pela Utilização dos Recursos Hídricos (CFURH), comumente designada como "*royalties* da água". Com assento no art. 21, XIX do texto constitucional, esta representa uma compensação financeira para a coletividade impactada pelo uso da água na produção de energia. A Lei n.º 7.990/1989 em conjunto com a Lei n.º 9.648/1998, estabelecem que os empreendimentos hidrelétricos com potência acima de 30.000kW (trinta mil quilowatts) deverão pagar à União, Estados e Municípios valor correspondente a

[125] CDDPH. *Comissão especial. "Atingidos por Barragens"*. Brasília: CDDPH, 2006, p. 13-14.

6,75% da energia faturada, a ser calculado de acordo com fórmula instituída pelo Decreto n.º 3.739/2001, conforme seus reservatórios atingirem áreas das referidas unidades federativas. A proporção de distribuição dos recursos entre os diferentes entes, em conformidade com a atual redação do art. 1º da Lei n.º 8.001/1990, será de 45% (quarenta e cinco por cento) aos Estados, 45% (quarenta e cinco por cento) aos Municípios, e 10% (dez por cento) para a União.

De igual forma, José Carrera Fernandez e Rogério Pereira, ao tratarem de uma política de tarifação ótima para o setor elétrico, ressaltam o custo social da energia hidrelétrica como importante elemento para a sua conformação:

> A despeito de a geração hidráulica de energia elétrica ser considerada como uso não consuntivo dos recursos hídricos, essa geração impõe custos sociais de sustentabilidade aos sistemas hídricos por três razões básicas. A primeira sucede porque a geração hidrelétrica restringe, na bacia, o uso dos recursos hídricos a montante da geração, indisponibilizando grandes quantidades desses recursos que poderiam estar sendo utilizados em outras finalidades. A segunda razão é que esta geração provoca perdas por evaporação nos reservatórios de regularização da vazão, reduzindo consequentemente a disponibilidade hídrica do sistema a jusante. A terceira e última razão sucede porque a produção de energia hidrelétrica altera o padrão de escoamento a jusante, principalmente para aquelas usinas que trabalham no pico de consumo. O problema é que tais custos não têm sido levados em consideração pelo setor elétrico na formação de suas tarifas, significando que a tarifa de energia elétrica tem sido tradicionalmente subavaliada pelo mercado. Esse fato tem acarretado uma alocação ineficiente dos recursos na economia, no sentido de que os agentes econômicos estão sendo induzidos a utilizar a energia hidrelétrica mais intensivamente do que o seu nível socialmente ótimo, com graves reflexos negativos para toda a economia.[126]

Os referidos impactos e a necessidade de realização de estudos prévios à construção de empreendimentos, com vistas à mitigação destes, vem se tornando uma das principais barreiras para a expansão de empreendimentos geração elétrica, especialmente aqueles que se utilizam de fontes hídricas.[127] De acordo com estudos

---

[126] FERNANDEZ, José Carrera; PEREIRA, Rogério. O custo social da energia hidrelétrica e uma política de tarifação social ótima para o setor elétrico. *Revista Econômica do Nordeste*, Fortaleza, v. 39, n. 4, p. 486, out./dez. 2008. No mesmo sentido: LIMA, Jandir Ferrera de; FERNANDEZ, José Carrera. O custo social dos recursos hídricos em bacias hidrográficas internacionais: O caso da bacia do Paraná. *Análise econômica,* Porto Alegre, a. 17, n. 32, p. 70-86, set. 1999. Ainda que não se adote tal perspectiva da teoria econômica no presente trabalho, os autores partem dos ensinamentos de Ronald Coase, que reconhece a existência de custos sociais e indica que estes devem ser mitigados no mercado, a partir das relações entre os agentes econômicos. A ver: COASE, Ronald. *O problema do custo social*. Disponível em <www.pucrs.br>. Acesso em: 20/02/2013.

[127] A tal respeito ver, além das demais obras citadas, por exemplo: IPEA. *Sustentabilidade Ambiental no Brasil – biodiversidade, economia e bem-estar humano.* Brasília: IPEA, 2011. EPE. *A questão socioambiental no planejamento da expansão da oferta de energia elétrica*. Rio de Janeiro:

da EPE, a tendência, com o esgotamento dos aproveitamentos energéticos em bacias hidrográficas já exploradas, restando principalmente aqueles situados na região amazônica, com maiores entraves ambientais para instalação, é de ampliação da geração térmica na matriz energética brasileira. Por outro lado, essas usinas termelétricas liberam gases poluentes resultantes da queima de combustível necessária para o seu o funcionamento, contribuindo para o agravamento do efeito estufa.

Ou seja, sem o planejamento adequado, ainda que venha a se prevenir a ocorrência de impactos de âmbito local ou regional, globalmente o sistema irá ter agravada sua sustentabilidade.[128] Desta forma, é necessário compatibilizar o planejamento de longo prazo da expansão da matriz com a questão, sendo tais objetivos considerados nas ferramentas planejamento da EPE.[129]

Há que se considerar, também, que mesmo usinas potencialmente menos poluidoras, como as de geração eólica, já vêm enfrentando resistência popular nas regiões que estão sendo instaladas, como nos Estados Rio Grande do Norte e Ceará.[130] Isso porque elas também causam impactos socioambientais, porém, menos severos em relação a outras matrizes, certamente. A tendência é que se busque privilegiar progressivamente a eficiência energética e geração por fontes mais sustentáveis, citando-se, por exemplo, as Pequenas Centrais Hidrelétricas, usinas de queima de biomassa, eólicas, solares, *et cetera*.[131]

EPE, 2006.

[128] GOLDEMBERG, José. *Energia e desenvolvimento sustentável.* São Paulo: Blutcher, 2010, p. 37-46.

[129] EPE. *A questão socioambiental no planejamento da expansão da oferta de energia elétrica*. Rio de Janeiro: EPE, 2006, p. 20 e ss.

[130] As populações dos municípios de Flecheiras/CE e Galinhos/RN, que iriam receber diferentes projetos eólicos na região Nordeste, organizaram-se para evitar a instalação destes. O fundamento principal para tais protestos decorre dos impactos que tais usinas terão no turismo e na paisagem local. Resistência à eólica causa surpresa*. Tribuna do norte*, Natal, 10 jan. 2012. Projeto de parque eólico de Fleicheiras deve ser readequado. *O Povo*, Fortaleza, 17 jan. 2012, p. 22.

[131] TOLMASQUIM, Maurício Tiommo. *Alternativas Sustentáveis no Brasil*. Rio de Janeiro: Dumará, 2004, p. 13-22. Sobre a necessidade de racionalização dos recursos disponíveis e o planejamento energético, conforme já tratado em outra oportunidade: “Ante a essencialidade da energia e as limitações econômicas e ambientais dos recursos energéticos disponíveis, constata-se a necessidade de racionalizar o dispêndio de tais meios, ao coordenar, pelo menor custo possível, a expansão do suprimento de energia com a demanda de consumo. Para tanto, é importante que o Estado planeje estrategicamente o seu sistema energético e os seus respectivos impactos sociais e ambientais de forma coordenada com a construção de seu projeto de desenvolvimento nacional. Por exemplo, no setor elétrico, o planejamento encontra algumas barreiras, pois existe a impossibilidade

No entanto, a questão não pode ser tratada apenas do ponto de vista da expansão do parque gerador, pelo contrário, devendo esta última ser reduzida ao mínimo possível para um cenário energético sustentável.[132] Para isso, é também necessário rever e reduzir os padrões de consumo e buscar constantemente otimizar os recursos existentes, em especial, com o aumento da eficiência energética e da operação articulada do sistema elétrico.[133]

---

de estocar energia em grandes volumes. A sazonalidade e a aleatoriedade de alguns recursos energéticos usados na geração de energia elétrica tornam muito complexa a operação do sistema para manter a confiabilidade e continuidade de fornecimento. O planejamento energético, seja este no nível nacional, estadual ou regional, é uma ferramenta de extrema importância, pois, serve de apoio na elaboração de políticas públicas e diretrizes indicativas ou determinativas para os agentes de oferta e consumo de energia e órgãos governamentais de regulação no gerenciamento de indicadores de eficiência, qualidade de energia, da intensidade energética, etc." GOMES, Gabriel Jamur; UNSIHUAY-VILA, Clodomiro. Competências e estruturas institucionais dos estados e da união para o planejamento energético: distinções e propostas para um planejamento mais preciso, efetivo e descentralizado. In: SBPE. *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Planejamento*. Curitiba: SBPE, 12 a 15 ago. 2012, [CD-ROM]. A respeito do tema do planejamento energético ver: BAJAY, Sérgio Valdir. Planejamento Energético: Necessidade, objetivo e metodologia. *Revista Brasileira de Energia*. Sociedade Brasileira de Planejamento Energético, 1989, vol. 01, n. 01. BAJAY, Sérgio Valdir; BARONE, Jussara Colombini. *Otimização do uso de balanços energéticos no Planejamento Energético Regional*. Revista Brasileira de Energia. Sociedade Brasileira de Planejamento Energético, 1992, vol. 02, n. 01. BURANI, Geraldo Francisco. Energia. In: GALVÃO, Luiz Ribeiro, et al. (org). *Iniciação a Conceito de Sistemas Energético para o Desenvolvimento Limpo*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004. CARVALHO, Joaquim Francisco de; JANNUZZI, Gilberto De Martino. *Aspectos Éticos do Modelo de Planejamento do Setor Elétrico*. Revista Brasileira de Energia. Sociedade Brasileira de Planejamento Energético, 1994, vol. 03, n. 02. EPE. *Aspectos fundamentais do planejamento energético*. Disponível em: <www.epe.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2012.

Para uma explanação técnica das diversas formas sustentáveis de geração de eletricidade ver: MCMULLAN, J. T.; MORGAN, R., MURRAY, R. B. *Energy resources.* London: Edward Arnold, 1977, p. 66-93.

[132] WWF*. Agenda Elétrica Sustentável 2020*. Brasília: WWF-Brasil, 2006, p. 29. David

[133] Como ferramentas de planejamento e controle pelo Estado da demanda e suprimento de energia destacam-se: a) controles físicos, como, por exemplo, cortes de energia, racionamentos, dentre outros; b) tecnológicos, por exemplo, a realização de pesquisas sobre meios mais eficientes de produção de energia; c) investimentos diretos, ou incentivos para a ampliação da produção ou de eficiência energética; d) propaganda e conscientização, a fim de estimular o consumo consciente; e) políticas tarifárias. MUNASINGHE, Mohan; SCHRAMM, Gunter. *Energy economics, demand management and conservation policy.* New York: Van Nostrand Reinhold, 1983, p. 87. O controle do consume, embora difícil em função dos níveis de inflexibilidade da sociedade industrial contemporânea é uma meta possível de ser atendida, mas demanda uma mudança social, conforme verificado na pesquisa realizada por David Goldblatt: GOLDBLATT, David L. *Sustainable energy consumption and society.* Dordrecht: Springer, 2005, p. 1-24.

No mesmo sentido, advogando por uma "revolução energética", é o posicionamento de Howard Geller, que destaca os seguintes tipos de políticas para superar as barreiras para uma maior eficiência energética e uso de energias sustentáveis: Pesquisa, desenvolvimento e demonstração; financiamento; incentivos financeiros; preço; acordos voluntários; regulamentações; disseminação de informação e treinamento; aquisição de equipamentos; reformas de mercado; obrigações de mercado; capacitação; técnicas de planejamento. Para maiores detalhes, ver: GELLER, Howard Steven. *Revolução energética – políticas para um futuro sustentável.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003, p. 15-45; 61-109; 239-266.

Além dos custos ambientais, a construção do parque energético brasileiro demorou mais de cem anos para ocorrer, mediante investimentos estatais e privados (em grande parte com incentivos governamentais), de forma a aumentar o endividamento público interno e externo (vide empreendimento de Itaipu, por exemplo, que custou mais de US$ 5,8 bilhões, em valores de 1976[134]). Gerou, assim, pesados custos econômicos que foram repartidos por toda a sociedade, sendo a inviável reprodução de uma infraestrutura em paralelo a essa. De igual modo, a não geração de energia por insuficiência ou falha do sistema, e os seus respectivos impactos econômicos negativos também afetam transversalmente a sociedade como um todo, conforme já exposto anteriormente. Em síntese, o custo de produção de energia elétrica, bem como, da instalação, manutenção e ampliação da infraestrutura que lhe dá suporte, é distribuído direta ou indiretamente por toda a sociedade.

De forma geral, o que se pretende no presente tópico não é aprofundar a instigante temática da relação entre energia e meio ambiente, planejamento energético e seus custos sócio-econômicos. Mas, ressaltar, ainda que introdutoriamente, que a produção de energia elétrica, seja qual for a sua matriz, gera impactos econômicos, ambientais, sociais quando feita em larga escala – necessária ante a sua essencialidade. Ensejam, por conseguinte, um custo que é repartido por toda a sociedade, que afeta com maior força determinados grupos, em especial aqueles que não possuem condições econômicas de escapar de tais efeitos negativos. Desta forma, é necessário no tratamento jurídico da energia elétrica que esses custos sejam minorados ao máximo possível, com a otimização dos recursos existentes, a redução dos custos futuros, e a distribuição equitativa dos custos e dos respectivos benefícios deles decorrentes.

As características apresentadas, quais sejam, essencialidade e o respectivo custo social, refletem uma tensão interna do bem energia elétrica (uma vez que este é necessário, sendo imperativo garantir o seu fornecimento ao menor custo para a sociedade), que o retira da mera apreensão privada e o inserem em uma ordem interesses da coletividade. Desta feita, considera-se que estas podem ser indicadas

---

[134] BERTIOL, Laércio F. *Itaipu: modelo avançado de cooperação internacional na bacia do Prata*. 2. ed. São Paulo: FGV, 2008, p. 61-73.

dentre os aspectos norteadores da regulação setorial (muitas vezes, assumindo designações diversas como, por exemplo, segurança energética, universalização, modicidade tarifária, *et cetera*.) e evidenciam que é imprescindível a atuação estatal para disciplinar e orientar as relações jurídicas envolvendo o bem em questão.

Nesse sentido, o legislador constituinte reconheceu, a partir da construção histórica do setor (a ser apresentada nos capítulos seguintes), que a energia elétrica é bem que demanda especial atuação do Estado para sua garantia. Observa-se do art. 21, inciso XII, alínea 'b', CF, que foi atribuída à União a competência material de explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão dos serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d'água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.[135]

Com a privatização formal e o exercício privado das atividades da cadeia de energia elétrica, destacando-se aqui as relações contratuais de comercialização, fez-se necessária a atuação estatal na regulação das relações econômicas entabuladas por tais agentes. Obviamente, o exercício de tais atividades por agentes privados não significou o transporte desse bem a interesses exclusivamente privados, mas a conformação destes aos ditames da coletividade, a partir de valores emanados pelo texto constitucional.

De acordo com o exposto, como vetores de orientação dessa atividade

---

[135] Luiz Gustavo Kaercher Loureiro caracteriza juridicamente os potenciais de energia hidráulica do seguinte modo: "Juridicamente, o potencial hidráulico é considerado *a se stante*, como um bem. Tecnicamente, é caracterizado (i.) pela vazão hidráulica (movimento da água no rio) e (ii) pela concentração dos desníveis existentes ao longo do curso de um rio em um determinado ponto, de modo que se obtém o movimento da água em queda. A concentração desses desníveis pode ser natural (quando, por exemplo, o desnível está concentrado em uma cachoeira) ou obtido artificialmente (por meio de uma barragem ou por desvio do rio de seu leito natural, de forma a concentrar vários pequenos desníveis existentes ao longo de um rio)." LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica: premissas gerais. *Revista de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul*, Santa Cruz do Sul, n. 28, p. 158, jul.-dez. 2007. A Empresa de pesquisa energética utiliza a seguinte definição de potencial hidroelétrico para a elaboração do Balanço Energético Brasileiro:

> "Entende-se por potencial hidrelétrico o potencial possível de ser técnica e economicamente aproveitado nas condições atuais de tecnologia. O potencial hidrelétrico é medido em termos de energia firme, que é a geração máxima contínua na hipótese de repetição futura do período hidrológico crítico. O potencial hidrelétrico inventariado compreende as usinas em operação ou construção e os aproveitamentos disponíveis estudados nos níveis de inventário, viabilidade e projeto básico." EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (BRASIL). *Balanço Energético Nacional 2013: ano base 2012.* Rio de Janeiro: EPE, 2013, p. 118.

regulatória, mostram-se relevantes o paradigma da essencialidade e o custo social (assentado, principalmente, no princípio da equidade intergeracional, e demais aspectos ligados à proteção do meio ambiente), de forma a garantir um estatuto jurídico de acesso pela sociedade à energia elétrica, através do menor custo possível à coletividade.

Em suma, verifica-se que tanto a essencialidade, como o custo social, são elementos relevantes para a adequada compreensão do trânsito jurídico da energia elétrica na atual conformação do setor elétrico brasileiro. Ultrapassada tal análise, passar-se-á ao exame dos diferentes modelos competitivos para suprimento da demanda nos capítulos seguintes.

3 ESTRUTURAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO A PARTIR DO MODELO HUNT-SHUTTLEWORTH, FUNDADO EM COMPETIÇÃO

Nesta etapa do presente estudo, pretende-se apresentar, *quantum satis,* o processo de formação da estrutura regulatória do setor elétrico, até a conformação do modelo atual. Para tanto, utilizam-se as diferentes estruturas competitivas setoriais como pano de fundo, a fim de se demonstrar as diversas políticas de Estado para a garantia da oferta de eletricidade e o atendimento do mercado consumidor.

Há diversos modelos teóricos de estruturação do setor elétrico. Utiliza-se, no presente trabalho, o paradigma adotado por Sally Hunt e Graham Shuttleworth, explanado no livro de teoria econômica aplicada *Competition and Choice in Electricity.* Tal modelo revela-se útil para explicar as diferentes possibilidades de estruturas setoriais. A opção decorre fundamentalmente do fato de que o referido modelo baseia-se na estrutura competitiva setorial. O grau de competição de tal estrutura aumenta progressivamente, conforme são comparados os diferentes paradigmas apresentados pelos autores, nos quais os contratos são a base para a integração e eficiência da cadeia produtiva.[136] Sendo assim, os próximos tópicos referentes às estruturas competitivas do setor de eletricidade foram sistematizados a partir de tal obra e complementados por outras indicadas.[137]

Por sua vez, a escolha da competição como vértice de explanação das estruturas do setor elétrico deve-se ao fato de que os contratos de comercialização de energia possuem maior relevância em mercados de eletricidade onde há

---

[136] Além disso, tais autores foram consultores da *National Power*, a maior empresa inglesa de geração, que surgiu da cisão decorrente da privatização da *Central Electric Generation Board* (estatal britânica de energia), durante a reestruturação do setor elétrico no sistema de Inglaterra e País de Gales em 1990. Tendo em vista a inspiração do modelo brasileiro no sistema inglês, bem como, ao levar-se em consideração o papel relevante que tais autores tiveram na formulação daquele sistema, e devido ao fato de que tal modelo é fundado basicamente em estruturas competitivas, o presente estudo optou pela utilização dos modelos de estruturação do setor elétrico destes autores. Ressalte-se que este não é a única forma de conformação do setor, existindo outras, por exemplo: KIRSCHEN, Daniel; STRBAC, Goran. *Fundamentals of power system economics.* Chichester: John Wiley and Sons, 2004. STOFT, Steven. *Power system economics.* New York: John Wiley and Sons, 2002.

[137] HUNT, Sally; SHUTTLEWORTH, Graham. *Competition and Choice in Electricity*. Nova York: John Wiley and Sons, 1996, p. 1-ss.

competição. Em sistemas fundados em monopólios verticalizados, os contratos possuem menor importância, tendo em vista que a maior parte das operações de compra e venda de energia se dá dentro da estrutura dos próprios agentes monopolistas.[138]

Além disso, ao eleger a competição como fio condutor, pretende-se a construção de uma visão global da estrutura regulatória setorial nas diferentes fases do setor elétrico brasileiro, ao invés de observar de maneira fragmentada as mudanças legislativas dos diferentes marcos legais que resultaram no modelo atual. Impende salientar que não se pretende aqui apresentar as repercussões da competição sob a ótica da regulação da concorrência, tratadas pelo direito antitruste, embora se reconheça a importância deste para a temática. Mas, apenas ressaltar a inserção da competição na cadeia produtiva setor elétrico como importante elemento para a temática dos contratos de comercialização.[139]

Segundo Hunt e Shuttleworth, sob o prisma da competição e da escolha, existem quatro modelos teóricos de estruturação do setor elétrico de um determinado país, estando eles divididos entre aqueles baseados em regime de monopólio e os conformados progressivamente a um regime de competição. Ambas as categorias possuem necessidades regulatórias distintas e diferentes estruturas contratuais.

Cumpre ressaltar que tais modelos são meramente teóricos. Cada país estrutura seu setor elétrico de maneira própria, aproximando-se mais ou menos de alguma das configurações aqui indicadas.[140]

---

[138] Os monopólios verticalizados no setor elétrico serão explanados em mais detalhes nos tópicos seguintes.

[139] A respeito do tema, ver, dentre outras, as seguintes obras: FORGIONI, Paula. *Direito Antitruste.* 2 ed. rev. amp. São Paulo: RT, 2005. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial* – as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial* – as estruturas. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. HOVENKAMP, Herbert. *The antitruste enterprise* – principle and execution. Cambridge: Harvard, 2005. Especificamente em relação à concorrência e acesso às redes: NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes).* São Paulo: Dialética, 2006. Quanto à articulação entre os órgãos de regulação setorial e de defesa da concorrência no Brasil, ver, por exemplo: KERSTEN, Felipe de Oliveira. Regulação Pública da economia e defesa da concorrência no setor elétrico: repartição de competências e articulação entre a Agência Nacional de Energia Elétrica e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: Moreira, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica.* Belo Horizonte: Forum, 2010.

[140] PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Institucionais do setor elétrico brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Direito regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. rev. e ampl. Belo

Todavia, os esquemas teóricos são úteis para a compreensão do setor como um todo e para analisar a inserção da competição na cadeia produtiva de energia elétrica. Sendo assim, apresenta-se a seguir os caracteres essenciais de cada uma das estruturas do que se denomina neste trabalho como Modelo Hunt-Shuttleworth. Após, serão examinadas as características aplicáveis ao contexto brasileiro.

3.1 MONOPÓLIOS VERTICAIS, SETORIAIS E REGIONAIS

O primeiro modelo apresentado pelos referidos autores é o de monopólios verticais como estruturas do setor elétrico, nas quais não há concorrência.

A noção de monopólio é eminentemente econômica, e pode ser sinteticamente conceituada como *“mercado em que existe um único ofertante”*.[141] Nesse sentido, a posição monopolística decorre da produção de um bem ou serviço para o qual não haja substituto próximo. O agente monopolista pode atuar de modo simultâneo nas duas variáveis que caracterizam as operações de compra e venda, quais sejam: preço e quantidade. Pode assim, criar uma situação de escassez ao limitar sua produção e elevar o seu preço ao ponto tão alto quanto os compradores estejam dispostos a pagar. Em verdade, no monopólio, o preço de mercado deixa de existir, uma vez que este último decorre unicamente de decisão do monopolista.[142]

O monopólio natural, a seu turno, de acordo com Fábio Nusdeo, decorre de uma posição de mercado na qual os custos fixos (principalmente aqueles de instalação) de determinada indústria são desproporcionalmente elevados em relação aos seus custos variáveis. Os custos unitários desta única empresa são decrescentes na proporção do seu aumento de produção até que seja alcançada toda a produção necessária para o atendimento de determinado mercado. Desta feita, a elevada proporção de custos fixos exige a produção de larga escala, e os custos nesse regime de monopólio são inferiores aos custos que possuiriam várias empresas, caso houvesse vários competidores. Por conseguinte, as características

---

Horizonte: Fórum, 2004, p. 342-344.

[141] GREMAUD, Amaury Patrick *et al*. *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 103.

[142] NUSDEO, Fábio. *Curso de economia.* São Paulo: RT, 1997, p. 273-274.

estruturais daquele determinado setor impede a existência de concorrência.[143] Calixto Salomão Filho ressalta a necessidade de regulação estatal dos monopólios naturais para a proteção, tanto dos agentes de mercado, quanto dos consumidores:

> Os competidores devem ser protegidos contra a concorrência predatória que subsistiria em um setor predisposto à existência de um monopólio natural. Por outro lado, por se tratar de situação em que a racionalidade monopolística movo o agente econômico no sentido do aumento abusivo de preços, o controle é necessário também para a proteção dos consumidores. [144]

Até a década de 1980, os setores elétricos eram vistos como monopólios naturais de cadeia produtiva verticalizada por excelência. Ou seja, num sistema de integração vertical da cadeia produtiva, o agente monopolista detém todas as etapas desta, desde a geração até a distribuição em baixa voltagem para o consumidor final, havendo, assim, monopólio sobre a produção e a venda de energia elétrica. Há também a "integração vertical por contrato", no qual um agente tem monopólio sobre a distribuição e outro agente sobre a geração, podendo o primeiro comprar eletricidade apenas do segundo.

Além dos monopólios verticalizados na indústria de eletricidade, são dignos de nota os modelos de monopólios setoriais (quando o monopolista detém alguns, porém, não todos processos básicos da cadeia produtiva do setor de energia elétrica) e os de monopólios regionais (o agente monopolista detém um dos segmentos da cadeia de energia elétrica em um território delimitado).

Nos monopólios baseados em integração vertical da cadeia produtiva, a possibilidade de operações econômicas entre agentes é limitada, ocorrendo marginalmente, ou como medida de segurança de suprimento, entre diferentes monopólios verticais (*exempli gratia* entre diferentes monopólios regionais, ou entre estruturas de diferentes países, mediante operações de importação e exportação de

---

[143] *Ibidem*, p. 274.

[144] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial* – as estruturas. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 209. A temática da regulação e do monopólio natural é extremamente rica, mas não será objeto aqui de maiores aprofundamentos devido às limitações de escopo. Sobre o tema, além das obras de direito concorrencial já citadas, indica-se, por exemplo, as seguintes: POSNER, Richard A. *Natural monopoly and its regulation.* Washington: Cato Institute, 1999. TRAIN, Keneth E. *Optimal regulation* – the economic theory of natural monopoly. Cambridge: MIT Press, 1992, p. 1-17. STIGLTIZ, Joseph E. *La economia del sector publico.* 3 ed. Barcelona: Antoni Bosch, 2000, p. 220-229.

energia).

Os sistemas baseados numa estrutura monopolista verticalizada podem ser públicos ou privados.

Nos monopólios públicos verticalizados, o Estado exerce praticamente todas as etapas da cadeia produtiva de energia, ou seja, de geração, de transmissão, de distribuição e de comercialização, embora sejam admitidas pequenas participações privadas. Tal modelo frequentemente tem origem em sistemas que eram inicialmente privados e sofreram processos de estatização.[145]

Há vantagens na introdução de cadeias produtivas monopolistas e verticalmente integradas no setor elétrico, conforme apresenta Ivan Camargo:

> É o mais conhecido. Os engenheiros pensam o sistema elétrico de forma integrada. [...]
>
> Menor custo de transação. Os contratos, quando firmados, ocorrem entre empresas integradas de geração e transmissão com empresas de distribuição. São os chamados contratos de suprimento.
>
> Clara definição da responsabilidade do suprimento. As empresas geradoras têm a responsabilidade de atender a expansão da carga. A empresa de distribuição apenas informa a sua expectativa de crescimento.
>
> Facilidade de implementação de subsídios. Como não há a necessidade de definir claramente o preço de cada função, é fácil embutir subsídios no valor final da tarifa.
>
> Facilidade no planejamento da expansão [...].[146]

Um aspecto relevante deste modelo de monopólio decorre da facilidade na implementação de obrigações relacionadas a políticas públicas ao agente monopolista, o que resta dificultado em estruturas onde há maior pulverização e competição entre os agentes. Assim, há maior facilidade de intervenção estatal em diversas linhas de atuação, tais como: obrigações de fornecimento; regulação de emissões de gases poluentes e implementação de outras obrigações ambientais; diversificação de fontes, subsidiando fontes específicas que sejam de interesse da sociedade; programas de eletrificação rural e de universalização do acesso à energia; formulação de tarifas reduzidas para consumidores de baixa renda, ou para

---

[145] PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Institucionais do setor elétrico brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Direito regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 342-344.

[146] CAMARGO, Ivan. Análise do processo de reestruturação do setor elétrico brasileiro. *Revista Brasileira de Energia*, Itajubá, v.11, n. 2, jul./dez. 2008.

grandes consumidores industriais que representam investimento em capital produtivo e geração de empregos; aliás, é possível também a utilização das tarifas ou como mecanismo arrecadatório, ou como instrumento de fomento à atividade econômica.

Como desvantagens, destacam-se o difícil aumento de eficiência, uma vez que há menor incentivo para o agente monopolista se tornar mais eficiente.[147] Isso porque a formação de preço é feita apenas mediante análise de custo. Ou seja, a regulação da tarifa se dá normalmente pelo custo do serviço, modelo historicamente adotado no setor elétrico do Brasil, de acordo com José Claudio Pires e Maurício Piccinini.[148] Destarte, são repassados ao consumidor grande parte dos erros e problemas do agente monopolista como: mudanças não previstas na demanda; erros em investimentos; problemas de obsolescência não programada de equipamentos, dentre outros. Além disso, a assimetria de informação dificulta a atuação do órgão regulador, principalmente no que toca a aferição do efetivo custo de produção do detentor da cadeia produtiva e o respectivo repasse de possíveis ganhos de eficiência para as tarifas dos consumidores finais.

Ainda, por ser uma estrutura monopolista estatal, frequentemente os preços para o usuário final não são proporcionais aos custos efetivos da cadeia produtiva, para valores acima ou abaixo destes. Isso se dá mediante a utilização da tarifa como mecanismo de política econômica, seja subsidiando-a, seja utilizando-a como subsídio indireto. O problema desta utilização é que ela não reflete a estrutura de custos do setor, o que acaba minando sua sustentabilidade ao longo prazo.

Outra possibilidade de estrutura setorial monopolística baseada em integração vertical decorre dos monopólios privados verticalmente integrados, cuja nota diferenciadora é o fato da cadeia produtiva ser de propriedade de agentes privados. Em tais casos, faz-se necessária uma forte atuação regulatória estatal, de modo a corrigir as ineficiências do mercado a fim de proteger o consumidor do poder

---

[147] *Ibidem, loc. cit.*

[148] PIRES, José Claudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. *Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico*: a experiência internacional e o caso brasileiro. Rio de Janeiro: BNDES, 1998, p. 9. Calha também mencionar que “A tarifação pelo custo do serviço, também conhecida como regulação da taxa interna de retorno, é o regime tradicionalmente utilizado para a regulação tarifária dos setores de monopólio natural. Através desse critério, os preços devem remunerar os custos totais e conter uma margem que proporcione uma taxa interna de retorno atrativa ao investidor.” *Ibidem*, p. 10.

de mercado do agente monopolista.

O modelo baseado em monopólios verticalizados foi prevalente por quase um século por diversas razões. Dentre elas, merece relevo a possibilidade de viabilização de sistemas de transmissão e distribuição de larga escala e a implantação de usinas de geração de elevado porte, em razão da economia de escala necessária para implementá-las.

Todavia, foi superada a visão de que seria impossível ou indesejável a competição no setor elétrico, sendo possível a construção de modelos competitivos, que serão apresentados sucintamente nos tópicos seguintes.

3.2 COMPETIÇÃO POR COMPRADOR ÚNICO OU "PURCHASING AGENCY MODEL"

Como segundo modelo de estrutura do setor energia elétrica, apresenta-se o de comprador único, ou *Purchasing Agency Model*, no qual uma "agência de compra de energia" adquire toda a energia produzida pelos agentes geradores que atuam em competição e a revende para as distribuidoras[149] ou, ainda, é composto pelas próprias distribuidoras que atuam em *pool* na compra da energia ofertada pelos geradores[150].

O traço característico desta categoria é que ele permite competição na geração, incentivando a redução de preços, bem como o aumento da capacidade instalada a partir da construção de novos empreendimentos e do aumento da eficiência. Ressalte-se que o aumento da eficiência na atividade de geração é crucial, tendo em vista que os custos de geração representam a maior parte dos custos finais do consumidor de energia elétrica.

Isso porque tal modelo não é monopolístico, embora o agente comprador possa fazer parte de uma cadeia produtiva verticalizada ao deter parte dos agentes de geração, ainda assim existem outros produtores independentes de energia (PIE)

---

[149] eg. Modelo da Irlanda do Norte.

[150] eg. Modelo dos Estados Unidos da América sob a *Public Utility Regulatory Act* (PURPA, Pub L. No. 95-617, 92, Stat. 3117, Nov-1978), e no Brasil o Ambiente de Contratação Regulada de Energia sob a Lei n.º 10.848/2004, regulamentada pelo Decreto 5.163/2004, conforme será visto nos tópicos subsequentes.

no mercado, que vendem sua energia a ele. Aliás, pode inclusive estar baseado numa estrutura totalmente desverticalizada[151], na qual o comprador não detém agente de geração ou de distribuição.

Os preços de compra da energia pelo comprador único precisam ser regulados, pois este detém o monopsônio[152] perante os agentes de geração e o monopólio frente aos agentes de distribuição – caso o comprador não seja composto por um *pool* de distribuidoras. Nesse sentido, para evitar a discriminação entre os agentes de geração, a agência compradora deverá realizar leilões de compra ou estar submetida a regras que impeçam tal tipo de prática.

Por outro lado, as agências compradoras podem ser criadas justamente para discriminar os geradores por decorrência de suas fontes de geração e seus custos de produção, a fim de: estimular determinadas fontes em relação a outras; garantir a compra de energia de produtores mais eficientes; ou equalizar os preços de venda de energia elétrica no mercado; dentre outros.

Ainda que seus preços não reflitam os custos de uma estrutura de livre concorrência, tal modelo fomenta a competição entre os agentes de geração, diferentemente de um regime de monopólio.[153] Desta feita, tal modelo é considerado

---

[151] A desverticalização ou desagregação vertical implica na segregação da cadeia produtiva do setor, separando as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia. Alexandre Nester assim trata do tema: “O processo de desagregação vertical das atividades inerentes aos setores organizados em regime de monopólio natural foi batizado no Direito inglês de *unbundling* (em português: desempacotar). Significa, basicamente, a separação das atividades potencialmente competitivas e das não competitivas em um determinado setor, a fim de estabelecer a concorrência somente entre as primeiras. Assim, o regulador desmembra as atividades relativas a cada uma das fases ou segmentos do setor, tais como produção, transporte, distribuição, importação, exportação, etc.. para possibilitar que algumas delas (aquelas em que a criação da concorrência seja viável) sejam prestadas por mais de um agente em regime competitivo.” NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes).* São Paulo: Dialética, 2006, p. 56.

[152] O monopsônio é uma estrutura de mercado cuja característica essencial é haver um único comprador para o produto de vários fornecedores. No caso do setor de energia, um grupo unificado de distribuidoras para um conjunto amplo de geradores. Nesse sentido, destaca Fábio Nusdeo: “[Monopsônio] Corresponde à recíproca do monopólio no campo da procura. A atitude do monopsonista será quase sempre a de retardar as suas compras tanto quanto possível, a fim de forçar os vendedores a lhe entregar o produto a um preço mais baixo.” De acordo com tal autor os agentes vendedores têm procurado se defender de duas formas: “[...] ou recorrendo aos governos, no sentido de ser arbitrado um preço justo, ou seja, razoável para estimulá-los a continuarem no ramo, ou então promovendo a sua própria concentração, mediante formação de cooperativas ou empresas por eles controladas, a fim de poderem também se apresentar frente aos [...] [monopsonistas] como um bloco e não como um conjunto disperso de unidades isoladas.” NUSDEO, Fábio. *Curso de economia.* São Paulo: RT, 1997, p. 276.

[153] KIRSCHEN, Daniel; STRBAC, Goran. *Fundamentals of power system economics.*

intermediário para países que pretendem implementar sistemas de competição a partir de mercados de energia elétrica monopolísticos, mas ainda não possuem as estruturas para a implementação de modelos competitivos mais sofisticados.[154]

Dentre os aspectos positivos de tal modelo, nota-se novamente a maior facilidade de intervenção estatal no estabelecimento de obrigações relacionadas a políticas públicas e controle de tarifas. Ademais, pode ser uma boa forma de fomentar a entrada de novas fontes de capital. Finalmente, reduz a assimetria de informação ao dificultar que os agentes geradores não deixem transparecer ganhos de eficiência ou custos ocultos de produção, dentre outros.

Por sua vez, os modelos seguintes, de competição no atacado e no varejo, progressivamente reforçam a possibilidade de competição ao reduzir aspectos de concentração de poder de mercado, tais como, monopólios ou monopsônios.

3.3 COMPETIÇÃO NO ATACADO

Passa-se agora à análise do esquema teórico de competição no atacado, no qual os distribuidores podem comprar energia elétrica individualmente e diretamente dos agentes vendedores (comercializadores, geradores, produtores independentes ou autoprodutores) em operações bilaterais de compra e venda. Os consumidores de menor porte – consumidores cativos – podem optar por suas fontes de aquisição de energia, mantendo-se o monopólio de venda das distribuidoras. Tais transações ocorrem num mercado atacadista de energia, cuja nota diferencial frente ao modelo anterior é que diversos agentes podem nele atuar, ao invés de uma única agência ou *pool* como compradores únicos.

Em tal modelo, há a desverticalização da cadeia produtiva de energia, ou integração vertical de baixo percentual, ocorrendo competição nas atividades de geração e de comercialização (no atacado) de energia.

Chichester: John Wiley and Sons, 2004, p. 6.

[154] *“On the whole, Model 2* [comprador único] *is a good transition model in places where the more sophisticated arrangements needed for a more complete market structure are not in place and would be hard to establish.”* HUNT, Sally; SHUTTLEWORTH, Graham. *Competition and Choice in Electricity*. Nova York: John Wiley and Sons, 1996, p. 51.

A atuação regulatória para a garantia do bom funcionamento neste modelo é importante principalmente no que toca à garantia do livre acesso às redes de transmissão, ao controle das tarifas da energia fornecida aos consumidores pelas distribuidoras, à supervisão do mercado atacadista, e à prevenção quanto a atuações anticoncorrenciais em segmentos do mercado, principalmente na geração e distribuição.

Tendo em vista sua estrutura pulverizada é necessário um agente externo, independente das partes atuantes, que coordene e garanta a frequência e voltagem do sistema de transmissão e o coordene o despacho das usinas geradoras. Além disso, é preciso a existência de um mercado *spot*[155]*,* que faça a contabilização das operações de compra e venda realizadas entre os agentes comercializadores, definindo a cada hora ou meia hora o preço *spot* desse mercado.

Dentre os problemas e riscos desse modelo de estrutura setorial está o *self-dealing* decorrente da propriedade de distribuidoras e usinas geradoras por um mesmo grupo econômico. Em tais casos, as distribuidoras podem preferir comprar energia das suas próprias geradoras, inclusive por preços acima aos de mercado, pois poderá repassar o excesso de custo aos consumidores sobre os quais mantém o monopólio (mesmo que a tarifa possa estar sujeita a regulação). Além disso, tendo em vista que estas geradoras podem vender energia por preços mais altos, perde-se incentivo a aumentos de eficiência e ampliação do parque gerador.

Não fosse suficiente, é necessário controlar por meio de mecanismos regulatórios o poder de mercado de agentes geradores que antes detinham monopólio de geração e passam a ter fatias de mercado significativas num mercado competitivo. Tal aspecto pode representar uma importante barreira de entrada a novos atores, e abre a possibilidade de distorções no processo de formação de preços no mercado *spot.*

Ainda, há menor intervenção estatal quanto a obrigações dos agentes de mercado relacionadas a políticas públicas. Em verdade, estas praticamente deixam

---

[155] O mercado *spot* pode ser definido da seguinte forma: *"the market where a contract, commodity, or asset is traded for its most immediate or next-avaible contracting and delivery. The immediacy of delivery is a function of the market characteristics. In American power markets, the spot market is generally regarded as the delivery-into-next day or day-ahead market."* WENGLER, John. *Managing energy risk: a nontechnical guide to markets and trading.* Tulsa: PennWell Books, 2001, p. 360. Por sua vez, o preço *spot* é o preço de disponibilidade de energia em tal mercado. Traduzir

de existir, pois não se sustentam em um mercado competitivo.[156] Elas podem ser implementadas por intermédio de subsídios, mas o mercado não vai financiar por si mesmo tais políticas. Nesse sentido, restam dificultadas políticas públicas quanto à quantidade e tipo de geração, restando tais decisões deixadas ao mercado, geralmente. A imposição pelo Estado de obrigações ligadas a políticas públicas se dará em tal modelo principalmente nos elementos da cadeia que detém monopólios sobre determinadas categorias de consumidores, notadamente as distribuidoras.

Da mesma forma, restam aumentados os custos de transação do setor, uma vez que passam a ser necessários, de maneira mais intensa, aos agentes em geral, contratos de comercialização e contratos de acesso às redes.

O modelo de competição no atacado apresenta como vantagem uma maior competição na formação dos preços de atacado, por serem preços essencialmente de mercado.[157] De igual forma, o processo de formação de preços baseado em uma estrutura de competição naturalmente irá selecionar as fontes de geração mais eficientes. Ainda, os riscos da atividade de geração voltam a ser controlados pelos próprios agentes geradores e possuem maior dificuldade de serem repassados para os consumidores. Os autores entendem que é preferível o gerenciamento de tais riscos pelo gerador, por deterem maior conhecimento e estarem mais próximos da atividade em questão do que o órgão regulador.

Os autores consideram esse tipo de modelo instável, assim, uma antessala para o modelo de competição no varejo, explicado no tópico seguinte. Isso porque a maior parte dos sistemas que o adotou, como o Reino Unido e Estados Unidos (a

---

[156] Rodney Stevenson trata das limitações da competição para o atingimento de objetivos sociais no setor elétrico, desta feita, destaca a necessidade de planejamento e da atuação dos órgãos reguladores para obtê-los: *"Competitive choice of suppliers, within the context of a socially desirable integrated resource plan, can be an effective mechanism for ensuring efficiency and accountability in the supply of energy ervices. However, federal policies of partial deregulation (particularly with regards to utility activity) do not necessarily assure the promotion of beneficial competition in the electric power industry. Partial deregulation places greater burdens on state regulatory commissions seeking to attain beneficial social goals. To meet social goals, state commissions will need to put in place additional safeguards as discussed above. With adequate safeguards, fair and effective competition for electricity generation can evolve within the electric utility industry, and social goals can be met. Without adequate safeguards, the federal movement toward greater reliance on market forces will greatly enhance the ability of existing utilities to increase profits and will limit the ability of society to direct development of the electric utility industry along more socially and environmentally desirable pathways."* STEVENSON, Rodney. Social goals and partial deregulation of the electric utility industry. *Journal of Economic Issues*. vol. 28, n.. 2, jun. 1994, p. 410.

[157] KIRSCHEN, Daniel; STRBAC, Goran. *Fundamentals of power system economics.* Chichester: John Wiley and Sons, 2004, p. 6.

partir do *Energy Policy Act* – EPAct – Pub. L. No. 102-486, 92, Out-1992), permitiram a entrada de grandes consumidores no mercado, além das dificuldades decorrentes de pequenos consumidores se unirem para poderem comprar sua energia diretamente no mercado.

A rigor, a relação direta entre consumidor e gerador dar-se-á apenas no modelo de competição no varejo, conforme será visto a seguir no próximo e último tópico sobre o presente tema.

3.4 COMPETIÇÃO NO VAREJO

O estágio mais avançado numa estrutura competitiva no setor elétrico se dá, segundo Hunt e Shuttleworth, no modelo de competição no varejo. Nele, todos os consumidores podem escolher o seu fornecedor de energia, sendo garantido o acesso a todos os geradores, aumentando, assim, a pressão na estrutura competitiva do mercado. Em síntese, segundo os próprios autores, a ideia central é: *"Muitos consumidores fazem um mercado mais competitivo do que poucos consumidores – eles procurarão novos fornecedores e pressionarão os atuais."*[158]

Há, dessa forma, um mercado de atacado, tal qual no modelo anterior, em que os compradores irão competir pela compra da energia dos agentes geradores, e estes últimos, respectivamente, pela venda de tal energia.

A existência de um mercado *spot*, embora seja preferível no modelo de competição no atacado, pois este apenas terá compradores, é essencial no modelo de competição do varejo. De acordo com o ponto de vista de Hunt e Shuttleworth, um mercado *spot* sempre será necessário quando operações de comercialização de energia se derem numa rede de propriedade alheia. Razão pela qual os operadores da rede precisam se garantir e balizar os montantes contratados e com a quantidade de energia que trafegará em sua rede.

Torna-se assim necessário um agente externo com a função de

---

[158] Tradução livre de: *"Many costumers make a more competitive market than few costumers – they will search out new suppliers and put pressure on incumbents."* HUNT, Sally; SHUTTLEWORTH, Graham. *Competition and Choice in Electricity*. Nova York: John Wiley and Sons, 1996, p. 70.

intermediação, coordenação e a contabilização das operações realizadas no mercado de atacado – ressalte-se que esta função não é de comprador único como no segundo modelo, pois tal agente não tem a finalidade de adquirir energia.

Desta forma, ocorre nesse modelo a separação completa das operações de compra e venda em relação ao transporte de energia elétrica em níveis de alta e baixa voltagem – atividades de transmissão e distribuição, respectivamente.

Já na competição no varejo, as empresas distribuidoras não detêm o monopólio de suprimento dos mercados locais, mesmo estando estes cobertos somente pela sua rede. No caso, o livre acesso às redes ocorrerá tanto na transmissão quanto na distribuição, restando apenas o monopólio de manutenção e operação destas redes.[159] Distribuição e venda não precisam necessariamente estar juntas, sendo opcional nesse modelo. Aliás, cumpre destacar a importância da separação entre a atividade de distribuição e a de comercialização neste modelo, uma vez que o distribuidor-comercializador naturalmente tenderá a favorecer seus consumidores.[160] Como exemplo do problema das distribuidoras serem simultaneamente comercializadoras, pode ser mencionado que, em casos de danos aos sistemas por decorrência de intempéries, estas tenderão a reestabelecer primeiro as ligações de seus clientes em casos de problemas, havendo, por conseguinte, forte necessidade de regulação.

Não obstante, a dificuldade do *self dealing* resta mitigado no modelo em tela, pois o distribuidor não detém mais o monopólio sobre os consumidores atendidos por sua rede e possuirá dificuldades em repassar preços mais altos que os da média de mercado.

Nessa estrutura, há a nova função do agente comercializador de energia, que irá comprar energia no atacado e revendê-la no mercado de varejo, inclusive para pequenos consumidores.

Todavia, devido aos altos custos de transação, apenas os consumidores de maior porte tendem a comprar energia diretamente dos agentes geradores no

---

[159] KIRSCHEN, Daniel; STRBAC, Goran. *Fundamentals of power system economics.* Chichester: John Wiley and Sons, 2004, p. 6.

[160] JAMISON, Mark A. *Industry structure and pricing: the new rivalry in infrastructure*. Norwell: Kluwer Academic Publishers, 2000, p. 64.

mercado de atacado.[161] Os consumidores de menor e médio porte irão adquirir energia dos referidos agentes comercializadores, que irão atuar em regime de competição, revendendo energia contratada no mercado de atacado.[162]

Nas atividades de geração, Hunt e Shuttleworth entendem que deve ser garantida a livre entrada e saída do mercado, sem haver regulação para obrigatoriedade de aumento ou manutenção da capacidade, bem como, para a instalação de novos empreendimentos.

O principal aspecto positivo deste modelo decorre do aumento da concorrência no lado do suprimento da demanda e no lado do consumo, incrementando no longo e curto prazo a eficiência na produção, aumentando investimentos e melhorando o perfil de consumo. Assim, uma vez estabelecido, as tarifas ao consumidor final não mais serão necessariamente reguladas. Haverá competição entre os comercializadores para o fornecimento de energia aos consumidores de menor porte, pressionando para baixo o valor das tarifas e formando preços efetivamente de mercado – decorrentes de interações entre oferta e demanda. Serão reguladas apenas as tarifas de transporte de energia (transmissão e distribuição), uma vez que tais atividades ainda seriam exercidas em regime de monopólio – por configurarem monopólios naturais.[163]

Ademais, acaba por gerar uma maior pressão junto às empresas de distribuição de energia no que toca o repasse de preços aos seus consumidores,

---

[161] KIRSCHEN, Daniel; STRBAC, Goran. *Fundamentals of power system economics.* Chichester: John Wiley and Sons, 2004, p. 6.

[162] *Ibidem, loc. cit.*

[163] *Ibidem, loc. cit.* Por ser um setor de economia de escala com altas exigências mínimas de capital, restam configuradas elevadas barreiras de entrada que impedem ou dificultam a competição, assim, em diversos segmentos de sua cadeia produtiva estão presentes monopólios naturais da atividade. Fábio Nusdeo aponta a necessidade de regulação estatal de monopólios naturais para evitar malefícios ao mercado consumidor: “Seriam as próprias condições estruturais-tecnológicas desses setores a impedirem a sua organização em regime de concorrência. A existência de monopólios naturais exige a proteção dos consumidores contra os seus malefícios, o que leva à inescapável necessidade de regulação, para lidar com essas estruturas de mercado. As formas mais comumente adotadas no caso de monopólios naturais são a nacionalização das empresas atuantes no setor e/ou a criação de órgãos reguladores especiais, quando mantidas elas em direito privado. Em termos substantivos, isto implica o estabelecimento de mecanismos diretos ou indiretos de preços administrados e o controle da entrada de novos agentes no setor, a fim de permitir o aproveitamento dos ganhos de eficiência, presumivelmente associados à exploração da atividade por apenas uma única unidade econômica. Nesses casos extremos não se pode falar em concorrência, muito embora existam casos intermediários onde ela se mostra viável e deve ser estimulada pelos reguladores.” NUSDEO, Fábio. *Curso de economia.* São Paulo: RT, 1997, p. 274-275.

ante a possibilidade de perda de grandes clientes (e bons clientes) ao mercado atacadista de energia.[164] Isso é considerado um avanço em relação ao modelo de competição no atacado, porque o monopólio das distribuidoras sobre os consumidores cativos em tal estrutura não incentiva que estas adquiram energia a custo baixo ou repassem ganhos de eficiência.

No mesmo sentido, ao tornar visível o valor de disponibilidade de energia no sistema, permite que os grandes consumidores tenham maior flexibilidade para responder ao preço em tempo real, alterando seus padrões de consumo para enfrentar aumentos repentinos de preço fora da curva histórica do mercado.

De forma geral, ao passo em que há por um lado teoricamente o aumento máximo da competição entre os agentes de mercado, por outro, restam reduzidos os mecanismos de intervenção estatal no setor elétrico.

Sob o ponto de vista da geração, com a menor possibilidade de intervenção estatal, o modelo promove o fechamento de plantas geradoras menos eficientes, incentivando o investimento em plantas novas e mais eficientes. ?

Além disso, é dificultada a imposição de obrigações de suprimento nesse modelo, uma vez que não há agentes monopolistas na comercialização de energia – sendo mantidos apenas os monopólios naturais na transmissão e distribuição. De igual forma, programas de políticas públicas apenas podem ser impostos com mecanismos específicos de subsídio e com os impostos normais sobre as operações econômicas. Os incentivos para energias renováveis ou outras fontes de interesse nacional devem se dar a partir de compras governamentais específicas de energia elétrica para tais fontes, que devem ser revendidas a preço de mercado. São também reduzidas as possibilidades de incentivos tarifários para consumidores específicos, como grandes consumidores industriais e população de baixa renda, uma vez que estes são obrigados a adquirir sua energia no mercado. No plano conceitual, entende-se que o incentivo a novas tecnologias ocorrerá naturalmente, por decorrência da pressão competitiva.

Ainda, ocorre nesse modelo incremento dos custos de transação e de metrificação. O aumento dos custos de transação decorre, obviamente, da

[164] CAMARGO, Ivan. Análise do processo de reestruturação do setor elétrico brasileiro. *Revista Brasileira de Energia,* Itajubá, v.11, n. 2, jul./dez. 2008.

necessidade de se estabelecer mecanismos contratuais nos sistemas de alta e baixa voltagem, além de contratos de comercialização de energia. Por sua vez, a ampliação dos custos de medição decorre da necessidade de se estabelecer mecanismos que variem os períodos de aferição, de acordo com o regime de contratação, podendo ser, inclusive, a cada meia hora.

Para os grandes consumidores esses custos são mais facilmente absorvidos. Não obstante, para os consumidores de menor porte, os benefícios potenciais de tal modelo podem ser perdidos por decorrência de tais custos.

Destarte, sob o ponto de vista dos pequenos consumidores, tendo em vista a perda pelas distribuidoras da exclusividade de comercialização de energia em relação a eles, resta dificultada a definição de responsáveis por possíveis falhas no fornecimento.

De qualquer forma, os mencionados autores entendem que esse seria o modelo mais avançado, resultando numa estrutura de mercado mais eficiente e transparente. Verifica-se em sua obra claramente uma tendência "evolutiva" entre os diferentes tipos de estruturas setoriais propostas, que culmina na proposta assentada na ideia de que "mais consumidores aumentam a competição do que poucos consumidores".

De acordo com o posicionamento dos autores, a adoção desse modelo pode ser o pivô ideal para livrar-se das ineficiências dos modelos anteriores, principalmente aquelas ligadas ao favorecimento de indústrias nacionais, políticas sociais e estruturas burocráticas antiquadas.

Assim, verifica-se que os modelos de competição no setor elétrico utilizados pelos referidos autores são na verdade uma valsa em dois compassos: de um lado, há progressivamente a criação de uma estrutura de mercado competitivo onde antes havia uma estrutura monopolista fortemente apoiada no Estado; de outro, há um decréscimo do espaço de atuação do Estado no setor, com a redução da possibilidade de utilização das estruturas setoriais para a implantação de políticas públicas.

Ou seja, verifica-se que os diferentes modelos expostos possuem progressivamente um viés liberalizante, deixando cada vez mais ao mercado a responsabilidade pela definição da alocação de recursos e investimentos ao setor,

assentada no fundamento econômico da eficiência. Caberá ao Estado, principalmente, a atuação regulatória com fins de corrigir potenciais ineficiências do mercado, em especial, aquelas ligadas ao acesso às redes e ao controle de monopólios naturais.

Cumpre agora analisar se tal perspectiva se cumpriu na realidade fática, observando, a partir dos modelos indicados, como se deu historicamente a conformação do setor elétrico brasileiro, ainda que de maneira sucinta, nos tópicos a seguir apresentados.

4 FORMAÇÃO DO ATUAL MODELO REGULATÓRIO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO A PARTIR DE SUA ESTRUTURA COMPETITIVA: REESTRUTURAÇÕES SETORIAIS COM BASE EM DIFERENTES MODELOS COMPETITIVOS PARA O SUPRIMENTO DA DEMANDA

A partir dos aspectos gerais apresentados, pode-se traçar um paralelo entre as conformações regulatórias do setor brasileiro de energia, as respectivas reformas institucionais que as originaram e os modelos competitivos por estas estruturados.

Note-se que a análise a ser realizada não tem por foco os modelos regulatórios em si, estudados já com um certo grau de profundidade pela literatura[165], mas sim, o liame entre estes e a estrutura competitiva formada ao longo do processo de construção histórica do setor. Desta feita, as estruturas regulatórias serão apresentadas em seus caracteres essenciais, destacando apenas os pontos relevantes para o objeto de estudo proposto.

Há que se ressaltar que as mudanças ocorridas não se deram de maneira estanque, mas sim, evidentemente, mediante processos de transição, nos quais os diferentes modelos se sobrepuseram.

Nesse sentido, é importante também frisar: não se pretende apresentar uma análise histórica do setor e de seus marcos institucionais de maneira aprofundada, pois esse não é o objeto de estudo do presente trabalho. A riqueza e complexidade de temas a serem tratados, demandaria uma obra de vulto. Pretende-se sintetizar em poucas páginas a aplicação de tais modelos à realidade brasileira, com maior enfoque nas reformas setoriais ocorridas a partir da década de 90 do século passado, apenas para situar, o quanto baste aqui, os atuais mecanismos de contratação em seu processo histórico-econômico de construção.

Realizadas essas advertências iniciais, apresentar-se-á, na sequência, os diferentes modelos competitivos do setor elétrico brasileiro.

---

[165] Por exemplo: LANDAU, Elena (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. t. 1. CAMPOS, Clever Mazzoni. *Curso básico de direito de energia elétrica*. São Paulo: Synergia, 2010.

4.1 O MERCADO DE ENERGIA NO BRASIL E OS MONOPÓLIOS PRIVADOS VERTICALMENTE INTEGRADOS

O setor de energia dava seus primeiros passos no Brasil ao final do século XIX; em 1889, ocorre a instalação da primeira usina de exploração da energia hidráulica no país, a Hidrelétrica Marmelos-Zero, no rio Paraibuna, em Minas Gerais, para fornecimento de energia ao município de Juiz de Fora, em especial para a indústria têxtil de seu proprietário, Bernardo Mascarenhas.[166] A hidrelétrica Marmelos-Zero foi a primeira usina desse tipo, não só no Brasil, mas também em toda a América do Sul, instalada apenas dez anos depois da primeira central elétrica do mundo – a de Thomas Edison para o serviço de energia elétrica da cidade de Nova York.[167]

Esse período era caracterizado por cadeias produtivas do setor elétrico de âmbito local, não interligadas, em grande parte voltadas à autoprodução de energia de empreendimentos empresariais, que atendiam a cidades e localidades específicas, notadamente como insumo para a iluminação pública e para o setor de transportes urbanos – bondes elétricos.[168] A energia elétrica era considerada, nesse período inicial, assunto de interesse local, cujo regime jurídico era regulado principalmente por contratos municipais. Tais contratos eram impulsionados por empresários interessados em explorar a atividade e tinham por objeto a cessão de uso do solo em caráter de exclusividade, sob a noção de "monopólios de área".

---

[166] CENTRO DE MEMÓRIA DA ELETRICIDADE. *Concessões de Energia Elétrica no Brasil.* Disponível em: <http://www.memoria.eletrobras.com/serv_dnae2.asp>. Acesso: em 7/1/2011.

[167] EXÉRCITO BRASILEIRO. *Energia elétrica no Brasil* – da primeira lâmpada à Eletrobrás. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977, p. 53. Cabe aqui esclarecer que tal obra mostra-se útil para a compreensão do transcurso histórico do setor de energia no Brasil, ainda que tenha sido editada pelo exército brasileiro em pleno período da ditadura militar, com um viés nacionalista próprio de um regime antidemocrático, que merece o integral repúdio da sociedade contemporânea. Esta será aqui citada unicamente a partir dos fatos históricos contidos em seu bojo, que devem ser lidos com o devido olhar crítico, repelindo qualquer julgamento de valor ou posicionamento ideológico de seus autores.

[168] Em 1879, D. Pedro II inaugura a iluminação elétrica da Estação da Corte com seis lâmpadas que substituem com melhor luminosidade 46 bicos de gás. O município de Campos, em 1883 ,é a primeira cidade do Brasil e da América do Sul a contar com iluminação pública alimentada por energia elétrica. Nas décadas de 1880 e 1890 são instalados os serviços municipais de energia elétrica para iluminação e tração de transportes urbanos em diversas cidades brasileiras (*exempli gratia* Porto Alegre, em 1887, São Paulo em 1889, Curitiba em 1889). EXÉRCITO BRASILEIRO. *Energia elétrica no Brasil* – da primeira lâmpada à Eletrobrás. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977, p. 54-55.

Nesse sentido, a entrega de energia elétrica era considerada mera atividade-meio da regulamentação dos serviços de transporte urbano e iluminação pública, possuindo natureza jurídica estritamente civil e contratual.[169]

Prevalecia no Brasil o modelo de monopólio privado verticalmente integrado no setor de energia, o mais indicado à realidade nacional de então, tendo-se em vista a incapacidade do Estado em promover os massivos investimentos necessários para a implementação da nascente tecnologia da energia elétrica no país.

As políticas de Estado, nesse período, foram marcadas pela tentativa descentralizada de atração de investidores estrangeiros para o país que tivessem a tecnologia e o capital necessários para implantação do parque energético brasileiro em nível local ou regional. Tendo em vista a pulverização de tal estrutura regulatória em diversos tipos de interesses locais, prevalecia um modelo descentralizado com baixa intervenção estatal. O vulto dos investimentos permitiu que os contratos de concessão ou permissão fossem de longo prazo (de 80 a 90 anos), com garantia de rentabilidade mínima do capital investido (em torno de 5 a 6%) pelo Poder Público e adoção de "Cláusula-Ouro" como base para correção monetária das tarifas – estas poderiam ser assim reajustadas conforme as variações cambiais.[170]

Desta feita, companhias estrangeiras de energia operavam em regime de concessões ou permissões outorgadas, principalmente, pelos Estados e municípios.[171] Tais empresas detinham monopólios regionais e verticalizados das

[169] SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. t. 1, p. 73-74. Segundo o autor, o monopólio de área pode ser considerado um antecedente histórico do monopólio natural, que será explicitado adiante.

[170] CENTRO DE MEMÓRIA DA ELETRICIDADE. *Concessões de Energia Elétrica no Brasil.* Disponível em: <http://www.memoria.eletrobras.com/serv_dnae2.asp>. Acesso: em 7/1/2011. "Questão importante em tais contratos dizia respeito à necessidade de prever a atualização tarifária, em face de continuada, embora em geral modesta, desvalorização da moeda. Uma solução foi a introdução da Cláusula-Ouro, de especial relevância para as empresas de capital estrangeiro, que tinham interesse em adquirir divisas para cobertura de encargos financeiros externos e remessa de dividendos. Por esse mecanismo, as tarifas eram definidas parcialmente em papel-moeda e em ouro, o valor desse atualizado pelo câmbio médio mensal." LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 58.

[171] Embora não possuísse dispositivos específicos sobre a matéria, a Constituição Federal de 1891 estabelecia, a partir de uma leitura sistemática (especialmente dos artigos 64, art. 68, art. 9º, § 4º, e art. 31, 6º) que era competência dos Estados promoverem as outorgas de concessão ou permissão para aproveitamento e utilização das quedas d'água para a atividade de geração de energia (dependendo de o rio atravessar mais de um Estado ou não), e competência dos municípios a concessão dos serviços locais de distribuição.

cadeias produtivas de energia elétrica no país.

Como exemplos relevantes desse modelo, tem-se as concessões da *São Paulo Tramway*, *Light and Power*, na cidade de São Paulo, em 1901, e a “concessão Reid”[172] no Rio de Janeiro, em 1900, adquirida em 1905 pela “*The Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Co. Ltd*.”. Posteriormente, as duas empresas passam a fazer parte da *holding Brazilian Traction Light and Power Co. Ltd*., em 1912.[173] Ambas possuíam o monopólio de todas as etapas da cadeia produtiva de energia nas suas respectivas regiões, as mais populosas do país. Ainda, detinham também, com exclusividade, o transporte elétrico de bondes em tais localidades, motivo este da instalação das primeiras usinas no país. As empresas do *Grupo Light* possuíam em torno de quarenta por cento da capacidade total instalada no país, entre 1915 e 1930, e cerca de 46 por cento em 1946.[174]

É interessante apontar que, no início do séc. XX, houve uma forte discussão no país quanto aos monopólios privados de serviços de energia na cidade do Rio de Janeiro, no embate travado entre a *Rio Light* e a *Guinle & Cia*. pelo controle do mercado de energia na capital da nascente República.[175]

Rui Barbosa, que até então atuara de maneira relevante na defesa da livre concorrência nos serviços públicos na última década do século XIX, atacando com veemência a *Concessão Reid*, em 1889[176], passou a assessorar a *Light Rio* na

---

[172] Em junho de 1900, Cesário Alvim concedeu à William Reid & Cia. o direito de gerar e distribuir eletricidade de origem hidráulica ao Distrito Federal - com exclusividade até 1915 e sem exclusividade até 1950. A denominada “Concessão Reid” abriu uma forte discussão a respeito da possibilidade de monopólios ante a liberdade de concorrência estabelecida pela Carta Constitucional de 1891. Um dos expoentes jurídicos que se manifestaram de maneira contrária à possibilidade de monopólio em tal concessão foi Rui Barbosa. Ver LAMARÃO, Sérgio Tadeu de Niemeyer. Capital privado, poder público e espaço urbano: a disputa pela implantação dos serviços de energia elétrica na cidade do Rio de Janeiro (1905-1915). *Revista de Estudos Históricos,* São Paulo, v. 1, n. 29, p. 83, 2002.

[173] LAMARÃO, Sérgio Tadeu de Niemeyer. Capital privado, poder público e espaço urbano: a disputa pela implantação dos serviços de energia elétrica na cidade do Rio de Janeiro (1905-1915). *Revista de Estudos Históricos,* São Paulo, v. 1, n. 29, p. 83-84, 2002.

[174] LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 64.

[175] LAMARÃO, Sérgio Tadeu de Niemeyer. Capital privado, poder público e espaço urbano ..., p. 85. Posteriormente tais companhias fundiram-se na “Light – Serviços de Eletricidade S/A”, que foi estatizada pela Eletrobrás ao final da década de 1970.

[176] “A eletricidade, em todos os seus serviços ao homem, desde a força até à luz, é matéria de comércio, que se deve entregar à concorrência das atividades e das capacidades. Submetê-la à concentração de um monopólio seria paralisar o seu desenvolvimento, obstar à sua propagação,

defesa de seu monopólio, que adquiriu posteriormente a própria *Concessão Reid*. Defendeu, em parecer datado em 1904, a impossibilidade da livre concorrência na exploração de serviços públicos pela iniciativa privada por motivos técnicos e econômicos. A exploração de tais serviços só poderia funcionar mediante "monopólios de fato" de grandes empresas ou municipalidades.[177] Nesse sentido, confiava na competência administrativa e jurídica das prefeituras para limitar o exercício abusivo do poder econômico de tais monopólios.[178]

O cenário do setor elétrico no Brasil até a década de 1930 era de concessões ou serviços municipais de eletricidade, pulverizado, assim, em pequenas companhias próximas aos seus centros de consumo que detinham todas as etapas da cadeia produtiva em âmbito local.[179] Em tal contexto, a atividade era considerada meramente acessória da atividade de geração, esta considerada a mais importante.[180]

Por tais fundamentos, considera-se que prevaleceu, no Brasil, principalmente no período que vai até a década de 1930, o modelo de monopólios privados verticalmente integrados e regionais de cadeias produtivas do setor de energia elétrica nacional, tendo em vista a prevalência de um modelo setorial

---

lesar os seus consumidores, sem benefício compensativo senão para os monopolistas." BARBOSA, Rui. As armas do monopólio. In: _____. *Obras completas.* Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 1991, p. 219.

[177] "A distribuição de luz e eletricidade, bem como o serviço de viação férrea nos distritos urbanos constituem monopólios inevitáveis pela natureza das coisas. Basta refletir um momento para ver como seria inconcebível a concorrência livre das linhas de transvias, canalizações de força e fluido iluminante pelo subsolo ou à superfície das ruas. O espaço aéreo ou subterrâneo destas, limitado como se acha pela sua estreiteza e já dificilmente repartido, entre tantos, tão importantes e sempre crescentes serviços, com o d'água, o de esgotos, o da telegrafia, o do telefono, o dos bondes, e do gás e o da energia elétrica, bem a custo oferece campo bastante para todos eles, ainda concentrados cada qual no seu monopólio exclusivo. Por isso todos eles estão, hoje em dia, monopolizados, de fato, ou de direito, nos países mais livres do mundo. São portanto, monopólios naturais, necessários e úteis. Não contravêm às exigências da liberdade. Não incorrem absolutamente na proibição constitucional." BARBOSA, Rui. Parecer: Fornecimento de energia elétrica – Concessão William Reid & Cia – Privilégio de Concessionário e Inadimplemento por motivo de fôrça maior. In: _____. *Obras completas.* Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 1991, p. 80-81.

[178] LAMARÃO. Sérgio Tadeu de Niemeyer. Capital privado, poder público e espaço urbano: a disputa pela implantação dos serviços de energia elétrica na cidade do Rio de Janeiro (1905-1915). *Revista de Estudos Históricos,* São Paulo, v. 1, n. 29, p. 85, 2002.

[179] EXÉRCITO BRASILEIRO. *Energia elétrica no Brasil* – da primeira lâmpada à Eletrobrás. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977, p. 56.

[180] WALTENBERG, David A. M. O Direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 354.

descentralizado, assentado principalmente em concessões municipais e estaduais, nas quais agentes privados detinham todas as etapas da cadeia produtiva de energia em suas respectivas regiões.

4.2 O PROCESSO DE ESTATIZAÇÃO DAS CADEIAS PRODUTIVAS DE ENERGIA E A FORMAÇÃO DE MONOPÓLIOS PÚBLICOS VERTICALMENTE INTEGRADOS

Tem-se, assim, no início da história do setor de energia brasileiro, um cenário formado até as primeiras décadas do século XX, em maior parte, por pequenas empresas prestadoras de serviços de eletricidade de âmbito local, pulverizadas em concessões municipais ou estaduais em sistemas elétricos isolados. Em grande medida, a energia elétrica não era vista em tal período como suporte da atividade econômica de um ponto de vista estrutural, mas sim, mero serviço fornecido às populações urbanas (principalmente para transporte público, iluminação pública ou doméstica), diferentemente das estradas de ferro, por exemplo.[181] No entanto, com a percepção crescente da vinculação entre indústria e energia elétrica, progressivamente esse cenário começa a se alterar. Ademais, com o afastamento dos centros de produção de energia elétrica para locais distantes dos centros de consumo, a partir da necessidade de empreendimentos de maior porte, tendo em vista as necessidades energéticas do país, a atividade se tornou mais complexa e o serviço passou a transcender o interesse local.

Desta forma, há no Brasil, ao longo do século XX, um considerável processo de federalização das competências relativas ao setor e de estatização de sua cadeia produtiva em regime de monopólio, conforme se observará da exposição a seguir.

Considerado o primeiro texto de lei brasileira que tratou em abstrato o tema da energia elétrica, no art. 23 da Lei nº 1.145, de 31 de dezembro de 1903, se vê que cabia à União a concessão da utilização dos potenciais hidráulicos para a produção de energia elétrica aplicada a serviços federais.[182] Tal norma foi

[181] JOHNSON, Bruce Banner. et al. *Serviços públicos no Brasil*: mudanças e perspectivas. São Paulo: Edgard Blücher, 1996, p. 61.

[182] Eis o texto da lei: *"Art. 23 - O Governo promoverá o aproveitamento da força hydraulica*

regulamentada pelo Decreto n.º 5407, de 27 de dezembro de 1904, que determinava as condições e os prazos dos contratos de concessão desses serviços (máximo de noventa anos) que eram fixados caso a caso, mecanismos de revisão tarifária, isenções e garantias a empresas estrangeiras, condições de segurança para o público, dentre outros. De tais disposições normativas, denota-se um início de preocupação por parte do Estado com a temática da energia, que passa a transcender o interesse local, sob um viés nacional. A regulamentação dos serviços de energia elétrica praticamente não avançou desde o Decreto n.º 5.407/1904[183] até a promulgação do Código Nacional de Águas, em 1934.

Dentre os textos normativos anteriores ao Código de Águas, merece destaque o Decreto n.º 9.032-A, de 17 de novembro 1911, que institui a Inspetoria Geral de Iluminação (IGI) para a fiscalização da prestação de serviços de iluminação pública, gás e eletricidade na então capital da República.[184] E o Decreto n.º 20.466, de 1º de outubro de 1931, que instituiu pela primeira vez o horário de verão em âmbito nacional, com o objetivo de economia da luz artificial, ao permitir um melhor aproveitamento da luz natural durante o verão.[185]

---

para transformação em energia electrica applicada a serviços federaes, podendo autorizar o emprego do excesso da força no desenvolvimento da lavoura, das industrias e outros quaisquer fins, e conceder favores ás empresas que se propuzerem a fazer esse serviço. Essas concessões serão livres, como determina a Constituição, de quaisquer ônus estadoaes ou municipaes.”

CENTRO DE MEMÓRIA DA ELETRICIDADE. *Concessões de Energia Elétrica no Brasil.* Disponível em: <http://www.memoria.eletrobras.com/serv_dnae2.asp>. Acesso: em 7/1/2011. SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história. São Paulo: Instituto Geodireito, t. 1, p. 77.

[183] “Esse decreto, por se referir apenas aos serviços federais, não tinha força de lei para os estados e municípios, o que explica o seu alcance ter sido muito restrito.” Ver CENTRO DE MEMÓRIA DA ELETRICIDADE. *Concessões de Energia Elétrica no Brasil.* Disponível em: <http://www.memoria.eletrobras.com/serv_dnae2.asp>. Acesso: em 7/1/2011. No mesmo sentido, tal norma foi considerada de “pequena abrangência e pouco efeito prático.” LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 56.

[184] Esse é considerado o primeiro regulamento republicano sobre energia. Aliás, é considerado o primeiro registro jurídico de um agente governamental com poderes para a fiscalização da prestação de serviços de energia e a mediação de interesses entre fornecedores e consumidores. Tal órgão recebeu nova regulamentação pelo Decreto 12.020, de 5 de abril de 1916. SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história*.* São Paulo: Instituto Geodireito, t. 1, p. 107.

[185] Deve ser destacado que a economia de energia não é a principal utilidade do Horário de Verão numa perspectiva contemporânea, mas sim a redução da demanda de energia na ponta de carga do sistema interligado, notadamente às 19h (horário em que a grande parte da população chega em seus domicílios e liga seus televisores, chuveiros elétricos, ares condicionados etc.). Isso permite a redução do investimento necessário no dimensionamento do sistema com o único intuito de suportar esse excesso de carga por um período curto de tempo. *Ibidem*, p. 112-115.

A ocorrência de crises de fornecimento na década de 1920, destacando-se as crises de São Paulo, em 1924 e 1925, aliadas a expressivos lucros em relação aos seus investimentos[186], geraram desconfiança em relação a estas e questionamentos a respeito da efetividade estrutura setorial vigente até então – cujo cenário de monopólios privados regionais fora intensificado pelo processo de consolidação do setor liderado pelos grupos *American & Foreign Power* (Amforp)[187] e *Light*, que dava a essas empresas controle nas áreas mais desenvolvidas do país: São Paulo e Rio de Janeiro, interior de São Paulo, Recife, Salvador, Natal, Maceió, Vitória, Niterói-Petrópolis, Belo Horizonte, Curitiba, Porto Alegre-Pelotas.[188] No final dos anos 1930, a *Light* e *Amforp* controlavam juntas nada menos que setenta por cento da capacidade instalada total no país, na proporção de aproximadamente

---

[186] A empresa *Brazilian Traction LIGHT and Power*, de acordo com seus os balanços da publicados no Canadá, em 1923 teve um lucro total de 59 milhões de dólares, enquanto investiu 18 milhões de dólares. Em 1928 percebeu um lucro total de 140 milhões de dólares, enquanto investiu 55 milhões. Em 1933 tais montantes foram de 224 milhões de dólares de lucros totais para 106 milhões de dólares de investimentos. MEDEIROS, Reginaldo Almeida. *O capital privado na reestruturação do setor elétrico brasileiro.* São Paulo: Departamento de Patrimônio Histórico, 1996, p. 31.

[187] A AMFORP, filial da *Bond and Share,* com sede nos Estados Unidos da América, iniciou suas atividades no Brasil em 1927. Possuía estratégia de atuação pulverizada, não competindo com a Light nos dois principais mercados do país, as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, concentrando assim sua atuação no Interior do Estado de São Paulo e ao longo do litoral, nas principais capitais do Sul e Nordeste, de forma a possuir maior abrangência em mercados menores. Seus esforços foram direcionados para a compra de pequenas empresas que operavam isoladamente espalhadas por tais localidades, realizando assim, bons negócios. De acordo com os relatórios acionários de tal companhia sua estratégia de atuação adotava os seguintes passos: "De acordo com os relatórios acionários, o principal desafio da empresa, ao chegar nessas localidades, consistia na alteração do padrão da cultura organizacional instalada. Isso significava refazer os contratos de concessão junto às administrações públicas, para garantir a lucratividade em face da variação cambial, considerando a apreciação do dólar e do ouro sobre a moeda nacional no reajuste anual das tarifas.

O segundo passo se dava na avaliação da infraestrutura disponível à transmissão da energia, com a realização de um levantamento das companhias (o chamado 'custo histórico') e da elaboração de um novo plano de aplicação em maquinário e em pessoal, o que por sua vez necessitava de maior capitalização junto ao mercado acionário e aos investimentos externos;

Em seguida, buscava-se introduzir novos produtos que estimulassem o uso e o consumo mais intensivo da energia elétrica, como a melhoria na iluminação pública, nos bondes elétricos e outros bens de consumo modernos – inclusive, verifica-se a abertura de 175 lojas para venda de produtos elétricos importados. Após esses três passos, a AMFORP estabelecia-se e atuava no sentido de controlar os gastos para diminuir os custos operacionais e maximizar suas receitas tarifárias correntes." FERREIRA, Angela Lúcia. Os donos da luz: sistemas de gestão e redes técnicas no território brasileiro. O Caso da AMFORP (1927-1939). In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL. *Globalización, innovación y construcción de redes técnicas urbanas en América y Europa, 1830-1930.* Barcelona: Universidad de Barcelona, 2012.

[188] *Ibidem, loc. cit.*

cinquenta por cento para a primeira e vinte por cento para a segunda.[189] A atuação no mercado brasileiro mostrou-se muito vantajosa para tais companhias por uma série de fatores: (i) a existência de cláusula ouro nos contratos de concessão, que estabeleciam o preço; (ii) reduzida regulação da atividade; (iii) remessa de lucros com câmbio controlado, mais baixo; (iv) e realização de investimentos com câmbio livre, mais alto; (v) possuíam importação de equipamentos facilitada pelo governo pelo câmbio.[190] Tal situação permitia a tais companhias inflar os seus balanços nos países de origem e captar recursos a preços reduzidos no mercado internacional.[191]

Nesse panorama a capacidade instalada encontrava-se concentrada na região Sudeste, com aproximadamente oitenta por cento da capacidade – com o Estado de São Paulo possuindo mais de metade de tal montante. Por sua vez, a região Nordeste detinha em torno de dez por cento, restando oito por cento para a Sul e a Norte com dois por cento - a região Centro Oeste possuía uma insignificante participação.[192]

Ocorre então um processo de mudança desse quadro durante os anos 1930, decorrente da consolidação da percepção que a energia elétrica era um elemento central para o desenvolvimento do Brasil, sendo necessário um controle mais intenso por parte do Estado, federalizando-se a competência para a regulamentação de tais serviços.[193] Luiz Antônio Ugeda Sanches, destaca três movimentos em tal processo: "(i) a transformação da energia de fato em direito, em interesse público federal; (ii) os preparativos para que o Estado pudesse exercer uma posição econômica dominante no setor (estatização), verticalizando a cadeia energética sob o comando de empresas públicas; (iii) a indução da industrialização do país, que

[189] *Ibidem, loc. cit.*

[190] *Ibidem, loc. cit.*

[191] Tais práticas foram denunciadas pelo Engenheiro Catullo Branco, que dedicou sua carreira e vida ao setor elétrico, em entrevista dada ao Prof. Helio B. Costa e Flávio A. M. Saes poucos meses antes de seu falecimento: COSTA, Helio B. Um depoimento histórico de Catullo Branco. In: BRANCO, Adriano Murgel (org.). *Política energética e crise de desenvolvimento.* São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 52-53.

[192] LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 56.

[193] JOHNSON, Bruce Banner et al. *Serviços públicos no Brasil:* mudanças e perspectivas. São Paulo: Edgard Blücher, 1996, p. 61.

pressupõe abundância energética".[194]

No contexto da Revolução de 1930, de forte embate entre forças políticas nacionalistas e privatistas no setor elétrico[195], a Cláusula-Ouro foi então tornada ilegal, através da Lei Oswaldo Aranha (Decreto n.º 23.501/1933), que determinou como nula qualquer estipulação em ouro ou determinada espécie de moeda que não o mil réis.[196]

O Código de Águas (Decreto nº. 24.643/1934), verdadeiro momento de inflexão no tratamento da energia elétrica, foi então publicado depois de longa tramitação[197], dando início a um movimento progressivo de centralização, estatização e monopolização do setor por empresas públicas de energia.[198] Dentre as características da reforma por ele implementada, destacam-se, em apertada síntese: a definição da União como Poder Concedente na utilização dos cursos d´água para geração de energia e propriedade por esta dos potenciais hidroelétricos, sendo subsidiária a atuação dos Estados[199]; dissociação entre propriedade do solo e propriedade dos cursos de água; impedimento da entrada de empresas estrangeiras no setor[200] (mantendo-se, contudo, os contratos então

---

[194] SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. t. 1, p. 133.

[195] Nomenclatura de tais grupos, cujo embate de certa forma perdurou durante toda a história do setor, de acordo com: MEDEIROS, Reginaldo Almeida. *O capital privado na reestruturação do setor elétrico brasileiro.* São Paulo: Departamento de Patrimônio Histórico, 1996, p. 36.

[196] "Vários contratos então em vigor dispunham, ao tratar das tarifas, que o preço da energia elétrica seria regulado por tabela especificada, cujo pagamento seria feito parte em papel e parte em ouro, assegurando uma estabilidade internacional aos ganhos dos concessionários de fora. É fácil avaliar a que níveis tarifários cláusulas deste tipo poderiam levar, em um país em constante queda cambial, com acentuado prejuízo para a nação e para o próprio desenvolvimento econômico, embora fosse um estímulo para as companhias do setor. A revogação tem particular efeito no setor de energia elétrica, e é importante em termos de afirmação nacional." EXÉRCITO BRASILEIRO. *Energia elétrica no Brasil* – da primeira lâmpada à Eletrobrás. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977, p. 62.

[197] O projeto do Código de Águas já havia sido apresentado em 1907 por Alfredo Valladão, restando com sua tramitação parada no Legislativo. Entendia que, da mesma forma como o Estado cedia água para a irrigação, poderia ceder energia para as máquinas. Indicava como justificativa para a nacionalização o afastamento das decisões setoriais das questões políticas locais. Considerava que o Código deveria ser regulamentado por Comissão Administrativa que assegurasse: a) serviço adequado; b) tarifas razoáveis; c) estabilidade financeira. BRANCO, Catullo. *Energia elétrica e capital estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 1975, p. 65.

[198] As transferências de aproveitamentos energéticos já estavam suspensas desde 1931, até sua aprovação devido ao Decreto n.º 20.395/1931.

[199] Artigos 29, 63, 191, 192, 193 e 194 do Decreto n.º 24.643/1934.

[200] Art. 195 do Decreto n.º 24.643/1934. O art. 44 da mesma norma estabelece que a

existentes); revisão trienal das tarifas com base na verificação do “custo histórico”[201]; limitação de trinta anos para as concessões de produção, transmissão e distribuição, com reversão das instalações para o Estado ao final do prazo[202]. Porém, dois aspectos principais se sobressaem: (i) a distinção entre o potencial de geração hidráulica e o rio que lhe abriga (criando-se dois bens públicos diferentes localizados fisicamente no mesmo ponto)[203], estabelecendo regimes distintos (concessão, autorização – que não confere delegação de poder público de acordo com o Código), e um regime que independe de ato outorga para empreendimentos de autoprodução com potência inferior a 50 kW) para outorga dos aproveitamentos energéticos, de acordo com a sua finalidade (concessão fornecimento a serviços de utilidade pública) e potência (limite de 150 kW para o regime de autorização)[204]; (ii) o

---

“concessão para o aproveitamento das águas que se destinem a um serviço público será feita mediante concorrência pública”.

[201] Artigos 163 e 180 do Decreto n.º 24.643/1934. “No capítulo referente a tarifas se situavam as questões mais polêmicas. Como vimos as tarifas de energia elétrica eram fixadas inicialmente em contrato e sujeitas à Cláusula-Ouro (ou seja, eram reajustadas em moeda nacional na proporção do declínio do câmbio). Antes mesmo do Código de Águas, pelo chamado Decreto Oswaldo Aranha (Decreto 23.501 de 27 de novembro de 1933) haviam sido declaradas nulas todas as estipulações de pagamento em ouro (ou em determinada espécie de moeda que não o mil-réis). O Código de Águas reafirmava essa proibição ao estabelecer novos critérios para as tarifas; e ao fazê-lo impunha controle mais rigoroso sobre as empresas, por meio do Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral. [...]

A nova forma de definição das tarifas implicava na fiscalização das empresas: a tarifa ‘razoável’ devia se basear no ‘serviço pelo custo’, considerando, na avaliação da propriedade, o chamado ‘custo histórico’ e conferindo justa remuneração a esse capital.” JOHNSON, Bruce Banner et al. *Serviços públicos no Brasil:* mudanças e perspectivas. São Paulo: Edgard Blücher, 1996, p. 62.

[202] Art. 157 e 165 do Decreto n.º 24.643/1934.

[203] Art. 145 do Decreto n.º 24.643/1934.

[204] Conforme as seguintes disposições do Decreto n.º 24.643/1934:

“Art. 139. O aproveitamento industrial das quedas de águas e outras fontes de energia hidráulica, quer do domínio público, quer do domínio particular, far-se-há pelo regime de autorizações e concessões instituído neste Código.

§ 1º Independe de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'agua já utilizadas industrialmente na data da publicação deste Código, desde que sejam manifestadas na forma e prazos prescritos no art. 149 e enquanto não cesse a exploração; cessada esta cairão no regime deste Código.

§ 2º Também ficam excetuados os aproveitamentos de quedas d'agua de potência inferior a 50 kws. Para uso exclusivo do respectivo proprietário.

§ 3º Dos aproveitamentos de energia hidráulica que, nos termos do parágrafo anterior não dependem de autorização, deve ser todavia notificado o Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério da Agricultura para efeitos estatísticos.

§ 4º As autorizações e concessões serão conferidas na forma prevista no art. 195 e seus parágrafos.

regime jurídico de serviço público à atividade (em sentido objetivo).

Ainda, com o Código de Águas foram implementados mecanismos de fiscalização um tanto mais rígidos, atribuídos à Divisão de Águas do Departamento Nacional da Produção Mineral, em substituição à IGI com o tríplice objetivo de: (a) assegurar serviço adequado; (b) fixar tarifas razoáveis; (c) garantir a estabilidade financeira das empresas.[205]

O Código de Águas teve, assim, uma importância crucial na federalização do setor, conforme Luiz Antonio Ugeda Sanches:

> Com o Código de Águas de 1934, pode-se afirmar que se federaliza o serviço de energia elétrica, centralizado no sistema de outorga das águas, para ganho de escala econômica, com o objetivo de atender a forte urbanização que ocorria no país, na qual o Estado assumia a responsabilidade pela sua consecução.[206]

Com isso, tem início um processo progressivo de centralização na União das competências de planejamento do setor e concessão de novas outorgas[207].

As diretivas do Código de Águas encontraram-se refletidas e consolidadas na Constituição da República de 1934, destacando-se o estabelecimento da competência privativa da União para legislar sobre águas e energia hidrelétrica, restando supletiva a competência dos Estados para legislar tais temas, com fulcro

---

§ 5º Ao proprietário da queda d'agua são assegurados os direitos estipulados no art. 148.

Art. 140. São considerados de utilidade pública e dependem de concessão.

a) os aproveitamentos de quedas d'agua e outras fontes de energia hidráulica de potência superior a 150 kws. Seja qual for a sua aplicação.

b) os aproveitamentos que se destinam a serviços de utilidade pública federal, estadual ou municipal ou ao comércio de energia seja qual for a potência.

Art. 141. Dependem de simples autorização, salvo o caso do § 2º, do art. 139, os aproveitamentos de quedas de água e outras fontes de energia de potência até o máximo de 150kws. Quando os permissionários forem titulares de direitos de ribeirinidades com relação à totalidade ou ao menos à maior parte da seção do curso d'agua a ser aproveitada e destinem a energia ao seu uso exclusivo.”

[205] Art. 178 do Decreto n.º 24.643/1934.

[206] SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. t. 1, p. 139.

[207] Tal processo de federalização da estrutura setorial é reforçada com o Decreto-Lei n.º 2.281/1940, que garante isenção fiscal usinas de energia e o estabelecimento de regime jurídico único, subordinado ao Código de Águas, às termelétricas. Além disso, o decreto n.º 3.763/1941 determina que a transmissão e distribuição também necessitariam de autorização federal, restando aos municípios o papel de meros consumidores, podendo apenas firmar contratos para o fornecimento de energia aos seus serviços prestados à população de suas localidades.

no art. 5º, inciso XIX, alínea j, parágrafo 3º daquela Carta. Ao mesmo tempo, o art. 119, parágrafos 1º e 2º, constitucionaliza o regime de concessões e autorizações de aproveitamentos energéticos hidráulicos do Código de Águas[208]; bem como estabelece um regime de progressiva nacionalização para o Setor[209] e de revisão dos contratos existentes para a sua adequação à legislação[210]; e, finalmente, estabelece uma política de revisão tarifária que garanta ao concessionário apenas uma retribuição justa ou adequada e que atenda às exigências de expansão dos serviços[211].[212]

Por sua vez, o texto da Constituição da República de 1937, outorgada no contexto da ditadura de Getúlio Vargas, no Estado Novo brasileiro, repete as referidas disposições do texto constitucional de 1934 e consagra, no art. 135, a intervenção do Estado no domínio econômico.[213]

---

[208] Vide o texto dos referidos dispositivos na Constituição de 1934: "Art. 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei. § 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão."

[209] Art. 119, §4º, da Constituição da República de 1934: "A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País."

[210] Art. 12, da Constituição da República de 1934: "Os particulares ou empresas que ao tempo da promulgação desta Constituição explorarem a indústria de energia hidrelétrica ou de mineração, ficarão sujeitos às normas de regulamentação que forem consagradas na lei federal, procedendo-se, para este efeito, à revisão dos contratos existentes."

[211] Art. 147, da Constituição da República de 1934: "A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços."

[212] Luiz Antonio Ugeda Sanches sublinha que a federalização da competência sobre a matéria iniciada em tal período persiste até os dias de hoje. "[...] entendimento que os mecanismos de outorga, as diretrizes políticas e a competência para legislar sobre essa matéria deveriam ser da União, premissa existente até os dias atuais." SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. t. 1, p. 138.

[213] Art. 12, da Constituição da República de 1937: "Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta."

As empresas que já atuavam no setor, notadamente a *Light* e *Amforp*, atuaram ativamente contra o Código de Águas e as restrições que ele impunha a suas atividades ante o maior controle estatal. Veja-se que o Código de Águas estabelecia que as empresas e o Poder Concedente teriam noventa dias para adaptar seus contratos às disposições da nova lei. Todavia, em 1940 foi necessária a edição do Decreto-lei n.º 2.079/1940, para autorizar a realização de novos investimentos nas instalações existentes, independentemente da revisão dos contratos.[214]

Veja-se, ainda, que a política tarifária foi regulamentada apenas pelo Decreto-Lei n.º 3.128/1941, que definiu as regras para a definição do custo histórico, estabelecendo em dez por cento a taxa de remuneração do investimento a ser computado no cálculo das tarifas.[215] A discussão relativa a tal percentual perdurou praticamente até a reestruturação do setor, na década de 1990, sendo objeto de embates entre concessionários e o Poder Concedente, e contínuas modificações legislativas, a fim de ajustá-lo, para manter o equilíbrio entre remuneração suficiente do concessionário, baixo custo da tarifa e capitalização suficiente para a realização dos investimentos necessários para a expansão setorial.

O embate de tais forças foi chamado de “O Grande Impasse do Setor” por Reginaldo Medeiros, que assim posicionou a questão:

> O grande impasse do setor estava assim caracterizado: de um lado o governo não dispunha de capital, tecnologia e capacidade de gestão suficientes para encampar e ampliar todos os serviços públicos de eletricidade prestados pelas concessionárias estrangeiras; de outro, as empresas estrangeiras não conseguiam obter melhores tarifas, regulamento cambial favorecido e a segurança que desejavam para novos aportes de capital, devido ao clima de incertezas políticas derivado da ascensão das forças nacionalistas.[216]

Ainda, devido ao impasse em relação à questão tarifária, mostravam-se

---

[214] LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 78.

[215] “Esse decreto de 1941 testemunha a não aplicação das normas do Código de Águas até essa data, provavelmente por impossibilidade do poder concedente viabilizar aquela aplicação e também pela resistência que as empresas do setor opunham ao Código de Águas.” JOHNSON, Bruce Banner *et al*. *Serviços públicos no Brasil:* mudanças e perspectivas. São Paulo: Edgard Blücher, 1996, p. 63.

[216] MEDEIROS, Reginaldo Almeida. *O capital privado na reestruturação do setor elétrico brasileiro.* São Paulo: Departamento de Patrimônio Histórico, 1996, p. 36.

insuficientes os recursos internos das empresas de menor porte para a realização dos investimentos necessários para a ampliação de sua infraestrutura, inclusive para o bom atendimento da população que já fazia parte de seus mercados consumidores, quanto mais para garantir a expansão territorial dos serviços. As empresas de maior porte, em verdade, foram atingidas de forma menos grave por tal cenário, devido à lucratividade do mercado consumidor de suas concessões.[217]

Nesse cenário, o então presidente Getúlio Vargas atuou para implementar a indústria de base no país, intensiva no consumo de energia, por meio de mecanismos de intervenção no domínio econômico, sendo merecedora de nota a criação da Companhia Siderúrgica Nacional e da Companhia Vale do Rio Doce, em 1941 e 1942, respectivamente, o que aumentou as necessidades energéticas do país e reforçou a percepção de que a energia elétrica era necessária ao crescimento nacional.

Os investimentos no setor, entretanto, deterioraram-se durante a Segunda Guerra Mundial. Antonio Dias Leite destaca os seguintes motivos para tal processo de deterioração: em primeiro lugar, por decorrência das mudanças na institucionalidade setorial decorrente do Código de Águas e das Constituições de 1934 e 1937. Ademais, a dificuldade de importações devido às restrições internacionais por conta da Guerra e a fraqueza do parque industrial nacional para o suprimento de equipamentos e material necessários para a manutenção e expansão dos serviços; finalmente, o problema crônico da inflação que, no período da guerra, resultou em aumento de preços da ordem de 100%.[218]

Dentre as respostas dadas para o problema entre 1940-1943 destaca-se a já mencionada autorização para novos investimentos, mesmo sem readequação dos contratos, a mudança na Constituição de 1937, por meio da Lei constitucional n.º 6/1942, que consentiu a utilização dos aproveitamentos hidrelétricos por estrangeiros que já fizessem uso destes na data daquela constituição e, finalmente, a sanção de contratos e reajuste das tarifas a título precário.[219]

O fim do Estado Novo e advento do governo do Presidente Eurico Gaspar

---

[217] LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 77.

[218] *Ibidem*, p. 77-78.

[219] *Ibidem*, p. 78.

Dutra, em 1946, marcaram o aumento de intensidade do processo de federalização do setor e o início da estatização de sua cadeia produtiva.

A Constituição da República de 1946 repete as Constituições anteriores no que toca à concessão de uso de potenciais energéticos hidráulicos, aprofunda a federalização setorial ao afirmar em seu art. 5º, inciso XV, alínea l, a competência da União para legislar sobre energia elétrica.[220]

Esse processo é intensificado com a inauguração de empresas públicas para atuar no setor, marcado principalmente pela criação da primeira estatal federal do setor, através do Decreto-lei n.º 8.031/1945, a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF), em 1945, para a construção da Usina de Paulo Afonso e preferência de todo o potencial hidrelétrico do Rio São Francisco (Decreto n.º 19.706/1945), com investimento público em geração e transmissão para o abastecimento de estados da Região Nordeste. Esta vem acompanhada de outras iniciativas em âmbito estadual com diferentes modelos de financiamento (*exempli gratia* criação da CEEE pelo governo do Rio Grande do Sul, em 1943, com investimentos públicos, formação em Minas Gerais da CEMIG, em 1949, buscando-se uma empresa economicamente autônoma e autossustentável; e o plano de eletrificação do Estado de São Paulo, em 1956, combinando investimentos privados da LIGHT e da CPFL, com o advento das empresas públicas Usinas Elétricas do Paranapanema – USELPA, em 1953 e Companhia Hidrelétrica do Rio Pardo –

---

[220] “Art 5º da Constituição da República de 1946: Compete à União:

XV - legislar sobre:

l) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca;”

A importância de tal Constituição para a infraestrutura nacional é ressaltada por Luiz Antonio Ugeda Sanches: "A Constituição Federal de 1946 pode ser considerada um momento de inflexão da infraestrutura nacional, haja vista a sinalização de atuação estatal direta nos setores de capital intensivo, notadamente o energético. É a primeira Carta que enuncia expressamente a competência da União para legislar sobre energia, em especial a elétrica, bem como as riquezas do subsolo. Ao prever a competência para legislar sobre energia elétrica, a Constituição Federal de 1946 emancipou o conceito de eletricidade do aproveitamento hídrico, de forma a reconhecer juridicamente a existência tecnológica de outras matrizes pela separação entre energia elétrica e água." SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história. São Paulo: Instituto Geodireito, 2010. t. 1, p. 181.

Gilberto Bercovicci aponta que a concessão para exploração dos aproveitamentos hidráulicos é uma concessão de uso, não uma concessão de direito real de uso. Para maiores detalhes sobre concessão de uso e natureza jurídica dos potenciais hidráulicos ver: BERCOVICCI, Gilberto. A regulação dos potenciais de energia hidráulica e o seu “aproveitamento ótimo”. *Revista de Direito Público da Economia.* Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 31-48, abr./jun. 2009, p. 32.

CHERP, em 1955), que constituíram os primeiros passos para a estatização setorial, apoiados no conhecimento técnico e corpo de engenheiros das empresas estrangeiras que aqui atuavam.[221]

Ainda, ocorre a regulamentação dos serviços de eletricidade através do Decreto n.º 41.019/1957, publicado com o fito de completar as lacunas do Código de Águas, atualizando suas disposições e conceitos para adaptá-lo ao novo contexto do setor. Tal instrumento contribuiu para a consolidação das reformas realizadas anteriormente, e estabilização da regulamentação setorial.[222]

No entanto, o país ainda enfrentava crise de suprimento de energia elétrica, com apagões e racionamentos constantes. A precariedade do fornecimento era tão comum que havia um grande número de autogeração em grupos diesel-elétricos instalados pelos próprios consumidores, no início da década de 1950 (*exempli gratia* hotéis, cinemas, casas de espetáculo, *et coetera*).[223]

A Central Elétrica de Furnas é então formada por Juscelino Kubitschek, em 1957, para a geração e transmissão de energia para os Estados da Região Sudeste, a partir do aproveitamento hidrelétrico do rio Grande. Ainda que fosse controlada pelo Governo Federal, a empresa contava com participação acionária da *Light*, Amforp, Cemig e do Departamento de Assuntos Energéticos do Estado de São

---

[221] LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 97-98.

[222] "Ainda vigente, esse instrumento democrático, raro em um setor acostumado a ser regido por Decretos-Lei e atos de exceção, possibilitou a tão aguardada regulamentação do Código de Águas, principalmente no tocante à definição da cadeia produtiva em produção, transmissão e distribuição, aos institutos da reversão, encampação e caducidade, aos direitos dos concessionários, à composição da tarifa, ao custeio da expansão do sistema elétrico, dentre outros. Havia, então, a previsão do regime jurídico no qual o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica - CNAEE exerceria o poder de fiscalização das atividades para as quais havia sido criado em 1939. Esse Decreto pode ser considerado uma espécie de 'Código da indústria elétrica', pois confere organicidade ao sistema jurídico do setor elétrico, tais como a separação entre concessão e autorização, exigências de continuidade, regularidade e eficiência na prestação do serviço, bem como o conceito de razoabilidade tarifária. Toda essa complexidade normativa, aliada a reformas estatizantes iniciadas por Getúlio Vargas, forçavam a coexistência de regimes jurídicos concebidos em momentos históricos distintos, com previsões jurídicas que denotavam visões econômicas diversificadas, aliada a uma disfunção de como o setor energético deveria interagir com a sociedade. Em muito pouco os avanços do Decreto n.º 41.019, de 1957, que regulamenta o Código de Águas, possibilitou a tão esperada estabilidade setorial, com um regime jurídico claro e linear." SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história. São Paulo: Instituto Geodireito, ano. t. 1, p. 194-195.

[223] LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 97-98.

Paulo.[224]

A criação do Ministério das Minas e Energia, promovida pela Lei n° 3.782/1960, altera a institucionalidade setorial, eis que este veio a substituir o Ministério da Agricultura que coordenava o setor desde a formação deste. Ao novo Ministério foram incorporados, o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE – instituído pelo Decreto-lei n.º 1.285/1939 e subordinado diretamente à Presidência da República) e a Divisão de Águas do Ministério da Agricultura.

Depois de anos de resistência por parte dos concessionários privados[225], é formada, no governo de Jânio Quadros, por intermédio da Lei n.º 3.890/1961, a Centrais Elétricas Brasileiras S.A., conhecida pela sigla Eletrobrás, em 1962, para atuar na organização e planejamento do setor, gerir recursos setoriais, em especial aqueles do Plano Federal de Eletrificação, atuar em toda a cadeia produtiva de energia e agir como *holding* das empresas federais de energia – a ela foram incorporadas a ela FURNAS e CHESF.[226] O processo de organização da empresa

---

[224] *Ibidem*, p. 122.

[225] Getúlio Vargas em sua famosa carta-testamento ressalta os obstáculos enfrentados com o já existente projeto de formulação da Eletrobrás, decorrente do Plano Nacional de Eletrificação elaborado pela sua Assessoria Econômica do Gabinete Civil da Presidência: “Quis criar a liberdade nacional na potencialização das nossas riquezas através da Petrobras e, mal começa esta a funcionar, a onda de agitação se avoluma. A Eletrobrás foi obstaculada até o desespero. Não querem que o trabalhador seja livre.” VARGAS, Getúlio. *Carta testamento.* Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/AlemDaVida/CartaTestamento>. Acesso em 19/04/2013.

A respeito de tal processo de embates quanto à implementação da Eletrobrás, é ilustrativo o exposto por Reginaldo Medeiros: “Sentindo que a posição dos nacionalistas se solidificara com a apresentação do projeto da Eletrobrás, os privatistas organizaram uma Semana de Debates sobre energia elétrica, em 1956, em conjunto com o Instituto de Engenharia de São Paulo, para estancar, com argumentos técnicos qualificados, o projeto da Eletrobrás e defender uma firme atuação do Estado em favor das concessionárias particulares, nacionais e estrangeiras. [...] Duas forças políticas parecem ter contribuído decisivamente para a aprovação do projeto da Eletrobrás, em 1961, e consequentemente para a consolidação definitiva do modelo das estatais do setor elétrico: I) as classes médias urbanas que já haviam participado decisivamente da vitoriosa campanha pela constituição do monopólio estatal do petróleo. Estavam associadas ao novo modelo de desenvolvimento fundado na substituição de exportações e visualizavam, na expansão da economia, a superação dos atrasos, bem como a eliminação dos estrangulamentos estruturais, II) as novas estatais estaduais que se formavam em diversos estados (a ‘cemiguite’) e desejavam um tratamento mais técnico para as questões da eletricidade, que o BNDE, por ser um banco de desenvolvimento, não lhes poderia oferecer.” MEDEIROS, Reginaldo Almeida. *O capital privado na reestruturação do setor elétrico brasileiro.* São Paulo: Departamento de Patrimônio Histórico, 1996, p. 44-45.

[226] Foram constituídas ao longo dos anos quatro subsidiárias da Eletrobrás de âmbito regional: operando na Região Norte e em parte da Região Centro-Oeste, a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte); para operar na Região Nordeste, a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (Chesf); Região Sudeste e em parte da Região Centro-Oeste, a Furnas Centrais Elétricas S.A; e na Região Sul do país, a Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A. (Eletrosul).

foi lento e enfrentou dois temas centrais: a sua autossuficiência econômico-financeira (que foi solucionada em parte com a realização de empréstimo compulsório a favor da Eletrobrás e com a reformulação do Imposto Único sobre Energia Elétrica através da Lei n.º 4.156/1962); e a integração física do sistema elétrico, de modo geral, a cargo de Furnas no Sudeste e Chesf no Nordeste (a integração do Norte e Centro Oeste ainda não era possível), e que demandava a unificação da frequência em 60 Hz (que veio a ocorrer em 1964).[227]

O processo de reestruturação empresarial do setor em torno do Estado é intensificado durante a ditadura militar com a compra das empresas do grupo AMFORP pelo Estado por meio da Lei n.º 4.428/1964 e a consolidação destas, em conjunto com FURNAS e CHESF, na Eletrobrás. Ocorre, posteriormente, a descentralização dos serviços de distribuição e subtransmissão de eletricidade com a transferência das ex-empresas do grupo AMFORP para o âmbito dos estados. E a constituição de equivalentes à CHESF no Sul (Eletrosul em 1968) e Norte (Eletronorte em 1973) do país.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1/1969 mantiveram as disposições anteriores relativas ao setor de eletricidade e às respectivas competências da União a tal respeito. Entretanto, o art. 8º, inciso XV, alínea 'b', da CF/1967, mantido pela EC n.º 1/1969, estabelece de forma clara a competência da União para "explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza."

No âmbito estadual, com a aquisição das empresas da AMFORP, observa-se um forte processo de organização e consolidação de empresas estaduais de energia, atuando principalmente no segmento de distribuição. Sendo a União responsável pela geração e transmissão e os Estados responsáveis pela distribuição e comercialização em regime de monopólio, o vínculo entre União e Estados se dava mediante concessões-convênios para exploração das atividades do setor elétrico pelas empresas estatais estaduais.

Deveria haver entre as empresas contratos travados para compra, venda e transporte do insumo. Tais contratos não eram estabelecidos pelas regras de

---

[227] LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 123-124.

mercado, mas sim, casuisticamente por determinações governamentais, para garantir o pagamento dos investimentos e a expansão das atividades.

Nesse período, o Estado se envolveu em grandes projetos de transmissão e geração, merecendo destaque a construção de Itaipu na Região Sul (a partir da assinatura e ratificação do Tratado de Itaipu, em 26 de abril de 1973, Lei n.º 5.899/1973 e Decreto Legislativo n.º 114-A, com Capacidade de 12.600MW, iniciando-se suas obras em 1975 e operando a partir de 1983, bem como a usina de Tucuruí na Região Norte (com previsão nas obras civis principais de 7.000MW e instalação inicial de 3.960MW).[228]

Por decorrência de tais projetos, de matriz principalmente hidráulica, durante tal expansão também foi realizado o processo de integração da estrutura de transmissão nacional, a fim de mitigar o risco hidrológico, formando o que viria a ser Sistema Integrado Nacional (SIN) e os sistemas regionais isolados. Foram assim inicialmente criados Comitês de Coordenação da Operação Interligada (CCOI) com a atribuição de definir os suprimentos de potência e energias a serem contratadas nas regiões Sudeste (1969) e Sul (1971) substituídos, por decorrência da criação de Itaipu, pelo Grupo de Coordenação da Operação Interligada (GCOI), no âmbito da Eletrobrás, em 1973. Esses órgãos tinham por função buscar garantir a continuidade do suprimento de energia elétrica das distribuidoras, a fim de atender aos requisitos de potência e energia, sob adequadas condições de tensão e frequência. Ademais, visavam garantir a economia de combustíveis utilizados em centrais termelétricas, de forma a restringir seu consumo ao mínimo possível. Com tal intuito também foi estabelecida a Conta de Consumo de Combustíveis (CCC), a fim de equalizar os custos do sistema, compensando e rateando os custos do uso e consumo de combustíveis entre todas as empresas.[229]

O processo de estatização da estrutura setorial culmina com a aquisição da *Light,* em janeiro de 1979. A transação foi concluída por U$ 380 milhões, na qual a União assumiu U$1 bilhão de dívidas da empresa. A aquisição da empresa foi objeto de diversas críticas por especialistas do setor, destacando-se o fato que o contrato

---

[228] *Ibidem*, p. 216.

[229] EXÉRCITO BRASILEIRO. *Energia elétrica no Brasil* – da primeira lâmpada à Eletrobrás. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977, p. 174-175.

de concessão da empresa findava em 1990.[230]

Nota-se assim um progressivo processo de federalização das competências relativas à produção e fornecimento de energia elétrica e a estatização da cadeia produtiva, por meio da aquisição das principais empresas então existentes e a constituição de empresas públicas. De forma geral, as empresas federais eram responsáveis pela atividade de geração e transmissão, enquanto as empresas estaduais estavam focadas principalmente em atividades de distribuição aos seus mercados consumidores locais (todavia, deve-se ter o cuidado de ressaltar que tal assunção não pode ser compreendida de forma rígida, pois havia estatais federais de distribuição e estaduais que atuavam em transmissão e geração).

Desta feita, observa-se no Brasil, durante o período que se inicia na década de 1920 e finda no final da década de 1980-início dos anos 1990, a passagem do modelo de monopólio privado verticalmente integrado regional para um monopólio estatal verticalmente integrado de caráter nacional, no qual a atuação dos agentes privados passou a ser minoritária, restando relegada a segundo plano.

Devido à forma de monopólio estabelecida, caracterizada por ser intervencionista e centralizada, foi possível a reorganização do setor e a mobilização dos vultosos recursos necessários para a implementação de um parque energético que fosse de alguma forma adequado às necessidades de desenvolvimento industrial do Brasil e que permitisse o atendimento de sua população.

Tal modelo foi constituído em permanente crise e embate entre Estado e agentes privados no que se refere à remuneração dos investimentos realizados por estes últimos e a captação de recursos necessários para a ampliação da estrutura do sistema elétrico nacional. De forma geral, a opção adotada foi a de privilegiar a criação de fontes públicas de financiamento através de impostos, taxas, fundos *et coetera*, ao invés da autossustentabilidade das empresas a partir da inserção destas numa lógica de mercado. De igual forma, a utilização desmesurada das tarifas de energia elétrica pelo Estado, como mecanismo de controle inflacionário e de promoção da atividade econômica, dificultou a atuação dos agentes privados e

[230] Antonio Dias Leite considera que tais críticas são infundadas, pois haveria não um, mas sim, vários contratos de concessão da *Light*, de épocas e regimes jurídicos distintos, tornando complexas as questões jurídicas em torno do caso. Além disso, aponta que a empresa foi vendida pelo Estado em 1996 por U$2,2 bilhões. LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 216.

erodiu os fundamentos do sistema, desencadeando forte crise durante a década de 1980, que implicou na reestruturação setorial ocorrida durante os anos 1990, conforme será exposto no próximo tópico.

4.3 O RE-SEB E A TENTATIVA DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM MODELO PLENO DE COMPETIÇÃO NO ATACADO NO BRASIL

O modelo de monopólio estatal verticalizado começa a apresentar sinais de desgaste, principalmente a partir do final década de 1970, conforme se indica a seguir.

Era usual a manutenção de preços artificialmente baixos da tarifa de energia como forma de incentivo para a criação de um parque industrial nacional e sua utilização como instrumento de controle inflacionário, o que gerou um elevado déficit setorial afetando sua sustentabilidade a longo prazo.[231] Mostrava-se elevado o grau de inadimplência intrassetorial, sendo notória, por exemplo, a inadimplência da CESP em relação ao pagamento de contas de suprimento de Furnas e Itaipu durante década de 1980 e início dos anos 1990. De igual forma, havia forte ingerência política e desvio de finalidade das empresas estatais, principalmente no âmbito dos estados, com denúncias de favorecimento político e desvios de recursos, o que gerou empresas ineficientes e deficitárias ao longo dos anos, reforçando o desgaste deste modelo.

A promulgação da Constituição de 1988 trouxe impactos que afetaram diretamente o setor de energia. Se, por um lado, houve repetição das Cartas anteriores na distribuição de competências, as quais foram mantidas com a União, por outro, os art. 153 e 155 extinguiram o imposto único sobre energia elétrica, passando o setor a ser tributado como qualquer atividade industrial, afetando assim o equilíbrio financeiro das empresas. Ainda, o parágrafo único, do art. 175, estabeleceu a necessidade de lei para concessões e permissões, o que motivou o cancelamento de concessões para aproveitamento hidrelétrico em 1991, enquanto se aguardava a edição de lei a tal respeito. Finalmente, na forma do inciso XXIII, do

[231] LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. O setor elétrico em uma visão introdutória. In: _____ (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 369.

art. 21 e inciso XIV, do art. 49, a questão da energia nuclear veio disciplinada de maneira clara, de modo que restou estabelecido o monopólio estatal sobre toda sua cadeia produtiva.

Desta feita, mostrava-se necessária a ampliação dos investimentos, uma vez que o tripé de sustentação estava “quebrado”, pois: i) as tarifas, correspondentes a um terço dos recursos setoriais estavam congeladas desde a década de 1970 e não correspondiam aos verdadeiros custos das empresas; ii) a maior parte dos tributos específicos, representante de outro terço dos recursos, acabou eliminada pela Constituição da República de 1988; iii) o terço final, advindo dos empréstimos externos também foi estancado, devido às dificuldades para a captação de recursos junto a instituições financeiras internacionais para empreendimentos estatais.[232]

Assim, o setor de energia elétrica adentra no contexto democrático brasileiro, pós-Constituição da República de 1988, em profunda crise, que, aliás, perpassava toda a economia brasileira do período. Tal cenário ensejou o processo de reestruturação do setor elétrico de caráter desestatizante e liberalizante, com ênfase na busca pela inserção da competição na cadeia produtiva de eletricidade, que durou durante praticamente toda a década de 1990.[233]

Dentre as diversas medidas que esse processo envolveu, merece destaque a privatização acelerada de empresas estatais em diversos setores, em especial os ligados à infraestrutura do país (como estradas, ferrovias, energia e telecomunicações). Nas palavras de David Waltenberg, consultor jurídico do

---

[232] LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 291-292.

[233] A noção de reestruturação do setor elétrico é diversa da noção de privatização, em tal contexto. Nesse sentido: “Restructuring and privatisation are different dimensions of change. Restructuring is about commercial arrangements for selling energy: separating or ‘unbundling’ integrated industry structures and introducing competition and choice. Privatisation is a change from government to private ownership, and is the end-point of a continuum of changes in ownership/management. In the UK, when the electricity industry was privatized, it was also restructured. The two need not go together. They are almost separate dimensions of change. However, there is a practical logic linking the two dimensions.” HUNT, Sally; SHUTTLEWORTH, Graham. *Competition and Choice in Electricity*. Nova York: John Wiley and Sons, 1996, p. 11. “Reestruturação e privatização são diferentes dimensões de mudança. Reestruturação é sobre acordos comerciais para a venda de energia: separação ou “desverticalização” de estruturas industriais integradas e introdução da competição e escolha. Privatização é uma mudança de propriedade estatal para privada, e é o ponto final de um processo de mudanças quanto à propriedade/gestão. No Reino Unido, quando a indústria de eletricidade foi privatizada, também foi reestruturada. Os dois não precisam estar juntos. Eles quase são diferentes dimensões de mudança. No entanto, há uma ligação lógica entre as duas dimensões.” [tradução livre]

processo de reestruturação do setor elétrico: "um dos motes da reestruturação setorial foi a privatização."[234] Aliados à privatização, foram reformados os marcos normativos setoriais, a fim de viabilizar sua liberalização através de mecanismos de direito regulatório (*exempli gratia* com o fim de monopólios estatais e implementação de agências reguladoras).

Com apoio de agências multilaterais internacionais, prevaleceu em tal período e nos anos seguintes a política de "modernização" do Brasil, por intermédio da implementação de um modelo de Estado mínimo, sob a égide da austeridade fiscal e monetária, por ocasião do denominado Consenso de Washington.[235] Assim,

---

[234] WALTENBERG, David A. M. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 358.

[235] Segundo Bresser-Pereira, o Consenso de Washington implicava numa resposta neoliberal à crise que os países Latino-Americanos viviam na década de 1990: "De acordo com a abordagem de Washington as causas da crise latino-americana são basicamente duas: a) o excessivo crescimento do Estado, traduzido em protecionismo (o modelo de substituição de importações), excesso de regulação e empresas estatais ineficientes e em número excessivo; e b) o populismo econômico, definido pela incapacidade de controlar o déficit público e de manter sob controle as demandas salariais tanto do setor privado quanto do setor público. A partir dessa avaliação, as reformas no curto prazo deveriam combater o populismo econômico e lograr o equilíbrio fiscal e a estabilização. Em médio prazo ou estruturalmente a receita é adotar uma estratégia de crescimento *market oriented* ou seja, uma estratégia baseada na redução do tamanho do Estado, na liberalização do comércio internacional e na promoção das exportações. Segundo Williamson (1990, p. 8-17), o 'consenso de Washington' é constituído de 10 reformas: a) disciplina fiscal visando eliminar o déficit público; b) mudança das prioridades em relação às despesas públicas, eliminando subsídios e aumentando gastos com saúde e educação; c) reforma tributária, aumentando os impostos se isto for inevitável, mas 'a base tributária deveria ser ampla e as taxas marginais deveriam ser moderadas'; d) as taxas de juros deveriam ser determinadas pelo mercado e positivas; e) a taxa de câmbio deveria ser também determinada pelo mercado, garantindo-se ao mesmo tempo que fosse competitiva; f) o comércio deveria ser liberalizado e orientado para o exterior (não se atribui prioridade à liberalização dos fluxos de capitais); g) os investimentos diretos não deveriam sofrer restrições; h) as empresas públicas deveriam ser privatizadas; i) as atividades econômicas deveriam ser desreguladas; j) o direito de propriedade deve ser tornado mais seguro." BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise da América Latina: consenso de Washington ou crise fiscal? *Revista Pesquisa e Planejamento Econômico,* Brasília, v. 21, n. 1, p. 6, abr. 1991.

O presente estudo não irá analisar se os referidos processos de liberalização implementados nas reformas neoliberais do período são positivos ou negativos *per se.* Tais temas são deveras complexos e fogem do escopo da pesquisa ora apresentada, e qualquer tentativa de análise sobre tal matéria tenderá a ser superficial e insuficiente. Todavia, apenas para não deixar o tema sem apontamento, sabendo-se da insuficiência de somente mencionar alguns posicionamentos, cumpre ressaltar a posição crítica do economista Joseph Stiglitz ante o papel dos países desenvolvidos e das agências multilaterais internacionais (como o Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional (FMI) e Organização Internacional do Comércio (OMC)) na implementação das referidas reformas nos países emergentes e nas repercussões que estas tiveram nas crises que estes enfrentaram: "I became convinced that the advanced industrial countries, through international organizations like the International Monetary Fund (IMF), the World Trade Organization (WTO), and the World Bank, were not only not doing all that they could to help these countries but were sometimes making their life more difficult. IMF programs had clearly worsened the East Asian crisis, and the 'shock therapy' they had pushed in the former Soviet Union and its satellites played an

agentes privados passam a prestar serviços que até então eram de monopólio estatal, mediante instrumentos de concessão, permissão ou autorização.

Tal concepção privilegia o mercado como o provedor primário de serviços públicos, afastando a atuação econômica direta do Estado no domínio econômico, passando este a assumir o papel de regulador, com a função de assegurar a

---

important role in the failure of the transition." STIGLITZ, Joseph E. *Making globalization work.* New York: W.W. Norton, 2006. "Eu me convenci que o os países industrializados desenvolvidos, através de organizações como o Fundo Monetário Internacional (IMF), a Organização Mundial do Comércio (OMC), e o Banco Mundial, não apenas não estavam fazendo tudo o que podiam para ajudar esses países, mas algumas vezes estavam fazendo deles mais difícil. Os programas do Fundo Monetário Internacional claramente pioraram a crise do Sudeste Asiático, e a 'terapia de choque que eles impuseram à ex-União Soviética e aos seus satélites representaram um importante papel na falha da transição." [tradução livre]

Paul Krugman destaca ainda que tais processos de reforma não impediram as crises na América Latina e deveriam ter servido de aviso para a comunidade internacional evitar a crise ocorrida em todo o mundo a partir de 2008: *"And so Latin America reformed. State-owned companies were privatized, restrictions on imports lifted, budget deficits trimmed. Controlling inflation became a priority; as we will see, some countries adopted drastic measures to restore confidence in their currencies. And these efforts were quickly rewarded not only with greater efficiency but also in the renewed confidence of foreign investors. Countries that had spent the 1980 s as financial pariahs—as late as 1990 , creditors who wanted out of Latin debt and sold their claims to less risk-averse investors received, on average, only thirty cents on the dollar—became darlings of the international markets, receiving inflows of money that dwarfed the bank loans that got them into the original debt crisis. International media began to talk about the "new" Latin America, in particular about the 'Mexican miracle.' In September 1994 the annual World Competitiveness Report, prepared by the people who run the famous Davos conferences, featured a special message from the hero of the hour, the Mexican president, Carlos Salinas. Three months later, Mexico plunged into its worst financial crisis yet. The so-called tequila crisis caused one of the worst recessions to hit an individual country since the 1930s. The repercussions of that crisis spread across Latin America, coming perilously close to bringing down Argentina's banking system. In retrospect, the tequila crisis should have been seen as an omen, a warning that the good opinion of the markets can be fickle, that today's good press does not insulate you from tomorrow's crisis of confidence*." KRUGMAN, Paul. *The return of depression economics and the crisis of 2008*. New York: W.W. Norton, 2009, p. 31-32. "Então a América Latina estava reformada. Companhias estatais foram privatizadas, restrições a importações levantadas, déficits orçamentários cortados. O controle de inflação se tornou uma prioridade; como nós veremos, alguns países adotaram medidas drásticas para reestabelecer a confiança em suas moedas. Todos esses esforços foram rapidamente recompensados com maior eficiência, mas também com uma renovada confiança de investidores estrangeiros. Países que passaram a década de 1980 como párias financeiros – até meados dos anos 1990, credores que detinham títulos de dívidas na América Latina venderam seus créditos para outros investidores com menor aversão ao risco recebendo, em média, trinta centavos sobre um dólar – tornaram-se os queridinhos dos mercados internacionais, recebendo fluxos de dinheiro que encolheram os empréstimos bancários que colocaram eles na crise de dívida original. Em setembro de 1994 o Relatório Anual de Competitividade Mundial, preparado pelo pessoal que conduz as famosas conferências de Davos, destacou uma mensagem especial para o herói do momento, o presidente mexicano, Carlos Salinas. Três meses depois, o México mergulhou em uma de suas piores crises financeiras até então. A então chamada crise da tequila causou uma das piores recessões a atingir um país individual desde a década de 1930. As repercussões daquela crise se espraiaram por toda América Latina, chegando perto de perigosamente derrubar o sistema bancário argentino. Em retrospecto, a crise da tequila deveria ter sido vista como um presságio, um aviso que a boa opinião dos mercados pode ser volúvel, que a imprensa favorável de hoje não isola você da crise de confiança de amanhã." [tradução livre]

qualidade, disponibilidade e modicidade tarifária de tais serviços.[236]

Na presidência de Fernando Collor de Melo (1990-1992), primeiro governo democraticamente eleito no Brasil desde 1961, é iniciado o processo abertura econômica e modernização da máquina pública. Devido ao contexto político da época e em razão do curto período de governo, por decorrência do *impeachment* ocorrido em 1992, este foi marcado por políticas inconsistentes em relação ao setor elétrico.[237] Em tal governo iniciou-se o Programa Nacional de Desestatização, por meio da Lei n.º 8.031/1990. Porém, das 68 empresas propostas no programa, apenas dezoito foram privatizadas. O programa somente viria a obter êxito em um ambiente de estabilidade monetária, o que ocorreria apenas ao final do Governo Itamar Franco (1992-1993), no contexto de implementação do Plano Real, em 1994, por meio da MP n.º 434 de 30/07/1994. Além disso, era ainda necessária a regulamentação do art. 175 da CF/1988, o que se daria com o advento da Lei de Concessões, Lei 8.987/90, a fim de garantir segurança jurídica aos investidores. O Programa Nacional de Desestatização apenas seria devidamente implementado após reforma ocorrida no ano de 1997, com a promulgação da Lei 9.491/1997.

Inspirada no REVISE (Revisão Institucional do Setor Elétrico)[238], a Lei n.º 8.631/1993, previa a orientação comercial das empresas a partir de resultados operacionais baseados em eficácia da gestão, buscando estabelecer relacionamentos baseados em contratos, dando fim ao regime de remuneração garantida e à equalização tarifária. O art. 3º da referida lei determina a

---

[236] A modicidade tarifária é questionada como um objetivo passível de ser imposto de maneira sustentada no setor elétrico, por impactar negativamente na capacidade de investimento para a expansão do parque energético e no equilíbrio econômico-financeiro das empresas de energia. LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 382.

[237] Por exemplo, a Lei n.º 8.028/1990 extinguiu o Ministério das Minas e Energia, passando-se suas atribuições para o recém-criado Ministério da Infraestrutura, para, pouco tempo depois, o primeiro ser “recriado” na Lei n.º 8.422/1992.

[238] Dentre as tentativas de reestruturação do setor durante a década de 1980, destaca-se a REVISE em 1987, que diagnosticou os seguintes problemas: i) desatualização da legislação básica do setor; ii) endividamento setorial; iii) conflito entre estatais federais e estaduais; iv) o mecanismo de transferência de recursos implementado a partir da equalização tarifária levou a um desestímulo à eficiência da gestão das concessionárias; v) a ausência de inserção suficiente do capital privado no setor; vi) excessiva interferência externa no setor; vii) cartelização do mercado fornecedor de insumos; viii) necessidade de garantir um fluxo de investimentos para o setor na ordem de U$ 6 bilhões ao ano. MEDEIROS, Reginaldo Almeida. *O capital privado na reestruturação do setor elétrico brasileiro.* São Paulo: Departamento de Patrimônio Histórico, 1996, p. 114-115.

obrigatoriedade da formalização das relações entre agentes supridores e supridos em contratos de suprimento.[239] As tarifas cobradas dos usuários finais passariam a ser propostas pelos concessionários e depois homologadas pelo DNAEE (Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica), estando condicionadas a ganhos de produtividade (art. 2º). Outro aspecto relevante de tal diploma legal foi o estabelecimento do encontro de contas entre créditos de concessionários e as dívidas destes com a União (na forma do art. 7º, parágrafos 2º a 15). Com isso, o nível médio de endividamento das companhias de eletricidade passou a ser baixo para padrões do setor de infraestrutura, resultando em empresas mais sólidas, o que permitiria a captação de recursos através de financiamento. Nesse sentido, Ildo Sauer destaca que "o aprimoramento dessa condição poderia alavancar a modernização da infraestrutura dentro de um projeto de país ou, alternativamente, servir a propósitos imediatistas de realizar 'caixa' através da simples privatização."[240]

Porém, a opção política da época foi pelo prosseguimento do processo de privatização. São considerados marcos iniciais da liberalização e privatização do setor elétrico o Decreto n.º 915/1993, o Decreto n.º 1.009/1993 e a Portaria n.º 337/1994, que estabelecem a criação de consórcios entre concessionárias, agentes autoprodutores para exploração de aproveitamentos energéticos que estavam com

---

[239] "Art. 3º Os concessionários supridores e supridos deverão celebrar contrato de suprimento de energia elétrica.

§ 1º O contrato a que se refere o *caput* deste artigo conterá a identificação das quantidades, os preços e as regras do intercâmbio de energia e obedecerá às leis específicas e ao que dispuser o regulamento desta lei.

§ 2º A homologação pelo Poder Concedente dos níveis das tarifas propostos pelos concessionários de fornecimento e de suprimento estará condicionada à celebração do contrato a que se refere este artigo.

§ 3º Os contratos de suprimento de energia elétrica e os contratos de transporte da energia gerada por Itaipu Binacional poderão ser celebrados diretamente com os concessionários distribuidores que forneçam a consumidores finais.

§ 4º As garantias de pagamento nos contratos referidos neste artigo constituir-se-ão obrigatoriamente das receitas próprias dos concessionários supridos, com respectiva autorização de débito automático em suas contas correntes bancárias, uma vez caracterizado o inadimplemento.

§ 5º O contrato de suprimento poderá conter dispositivo prevendo a dilação dos prazos de pagamento na proporção do inadimplemento de consumidores finais, devidamente comprovado."

O conteúdo de tais contratos de suprimento encontra-se regulamentado nos artigos 6º a 17 do Decreto n.º 774/1993.

[240] SAUER, Ildo *et al*. Energia elétrica no Brasil contemporâneo. In: BRANCO, Adriano Murgel (org.). *Política energética e crise de desenvolvimento.* São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 131-132.

projetos em atraso, assegurando-se o livre acesso às redes de transmissão, competição na geração e definindo-se as condições de comercialização da energia decorrente de tais projetos – processos estes convalidados em medida provisória, depois convertida na Lei n.º 9.074/1995.[241]

A Lei n.º 9.074/1995, que versa de modo geral sobre a prorrogação das concessões, representa um aprofundamento do regime de concessões da Lei n.º 8.987/1995 no que toca ao setor elétrico. O principal aspecto de tal texto legal é a desverticalização da cadeia produtiva de eletricidade, não apresentada de modo explícito, mas implícita em relação às suas determinações. De tal modo, permitiu-se a segregação das concessões do setor, implementando a competição nos segmentos nos quais esta era possível (geração e comercialização) e regulando as demais atividades consideradas monopólios naturais (transmissão e distribuição).[242] Desta forma, separou-se o serviço de transporte (quais sejam: as redes de transmissão e distribuição da energia elétrica, respectivamente) da *commodity* transportada.[243] Assim, o livre acesso às redes, condição necessária para a desverticalização, também restou estabelecido por tal texto legal.[244] Outro aspecto relevante foi a criação da figura do Produtor Independente de Energia (artigos 11 a 14), entendido como pessoa jurídica que individualmente ou consorciada possui

---

[241] *Ibidem*, p. 141.

[242] "Dentro dessa perspectiva de ambiente privado, entendeu-se conveniente estabelecer condições de competição, para o quê as diversas atividades setoriais deveriam ser segmentadas, sendo que a geração e a comercialização, esta segregada da distribuição seriam dela preservadas. Isso determinou a adoção, dentre as diretrizes norteadoras do processo de reestruturação setorial, do postulado da competição, onde fosse possível, e da manutenção e reforço da regulação, onde fosse necessária." WALTENBERG, David A. M. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 358.

[243] *"The big idea which underlies the new world of competition and choice in electricity is that is possible and desirable to separate the transportation from the thing transported. That is, electric energy as a product can be separated commercially from transmission as a service."* [grifo no original] HUNT, Sally; SHUTTLEWORTH, Graham. *Competition and Choice in Electricity*. Nova York: John Wiley and Sons, 1996, p. 1. "A grande idéia que subjaz ao novo mundo da competição e da escolha em eletricidade é que é possível e desejável separar o transporte da coisa transportada. Isto é, energia elétrica como um produto pode separada comercialmente da transmissão como um serviço." [tradução livre] De acordo com tais autores, a separação entre produto e transporte decorre da percepção que a geração não era mais um monopólio natural, tendo em vista que era possível a construção de usinas menores e mais eficientes por uma gama maior de produtores e, inclusive, consumidores autoprodutores.

[244] "Art. 15. § 6º É assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente."

concessão ou autorização para a produção de energia elétrica destinada ao comércio, por sua conta e risco (*caput* do art. 11). Ou seja, há o reconhecimento explícito da possibilidade do exercício das atividades de geração em caráter estritamente comercial. Ainda, foi criada a figura do consumidor livre de energia, que possui o direito de comprar diretamente sua energia do consumidor que optar, em oposição ao consumidor cativo, vinculado às concessionárias de energia.[245] Finalmente, nos incisos do art. 3º são estabelecidos os fundamentos que devem ser observados pelo poder público nas concessões de tais serviços:

> I - garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos; II - prioridade para conclusão de obras paralisadas ou em atraso; III - aumento da eficiência das empresas concessionárias, visando à elevação da competitividade global da economia nacional; IV - atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais; V - uso racional dos bens coletivos, inclusive os recursos naturais.

Como órgão regulatório, instituiu-se a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei 9.427/1996, incumbida de assegurar o correto funcionamento do sistema, garantindo, essencialmente, a expansão da oferta em um ambiente competitivo, bem como o respeito e proteção aos direitos dos usuários. Sua finalidade central é "regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal" (art. 2º). A Agência, embora integrante da Administração Indireta, com natureza de autarquia sob regime jurídico especial, possui independência e autonomia em relação ao Poder Concedente, principalmente em função do mandato fixo de seu corpo de diretores que não pode ser facilmente demitido.[246] Contudo, a Agência enfrentou problemas no contexto de sua criação,

---

[245] Inicialmente o art. 15 da lei estabelecia que os consumidores livres seriam aqueles com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV. Posteriormente, esse montante foi reduzido para carga igual ou superior a 3.000 kW, em tensão igual ou superior a 69 kV (§ 2º). Ainda, de início seria possível apenas a compra de energia de determinado Produtor Independente, apenas depois de três anos da publicação da lei que seria possível estender tal opção de compra a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do sistema interligado que estivesse o consumidor livre (§ 1º).

[246] Marcos Juruena Villela Souto ressalta que a independência das agências reguladoras decorre do estabelecimento de um corpo diretivo estável, com mandato fixo: "A independência é assegurada, em síntese, por recursos para o seu funcionamento sem a ingerência de terceiros, colegiado superior composto de membros estáveis, escolhidos em razão de sua eficiência, reputação ilibada e qualificação profissional na área objeto da regulação, com mandato fixo e desvinculado dos

destacando-se: a confusão da função de Poder Concedente entre ANEEL e MME; a ineficácia do seu Contrato de Gestão; as deficiências regulatórias nos segmentos desverticalizados; contingenciamento orçamentário; e falta de mão de obra suficiente sob regime estatutário.[247]

Com a implementação de tais medidas, restaram assentados as fundações para o efetivo processo de reestruturação setorial, com inspiração marcadamente liberal, a fim de estabelecer relações de mercado onde quer que estas fossem

---

mandatos políticos. Os dirigentes são indicados ao Poder Legislativo e, aprovados, são nomeados com mandato fixo, sujeitos à perda apenas nas condições previstas em lei, devidamente motivadas. [...] São, pois, entidades que integram a Administração Pública indireta, criadas por lei para o exercício da autoridade inerente à função de intervir na liberdade privada por meio de ponderação entre interesses em tensão, tendo, assim, personalidade de direito público, caracterizando-se como autarquia, por exigir autonomia em relação ao poder central, da espécie autarquia especial, por ser dotada de independência, que se manifesta, principalmente, pela atribuição de mandatos fixos a uma direção colegiada." SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 245-246.

Por sua vez, Luís Roberto Barroso indica que a autonomia das agências reguladoras divide-se sob dois fundamentos distintos, quais sejam: autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira: "A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhes outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira. No tocante à autonomia político-administrativa, a legislação instituidora de cada agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, dentre as quais normalmente se incluem: (i) nomeação dos diretores com lastro político (em âmbito federal a nomeação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado); (ii) mandato fixo de três ou quatro anos; e (iii) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal. [...] No que toca à autonomia econômico-financeira, por sua vez, procura-se conferir às agências reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação, ou ainda participações em contratos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo e energia elétrica." BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3209>. Acesso em: 21/10/2012.

Todavia, Celso Antônio Bandeira de Mello discorda de tal posição, indicando que o regime jurídico especial das agências decorre tão somente da fixidez do mandato dos seus dirigentes: "Ora, 'independência administrativa' ou 'autonomia administrativa', 'autonomia financeira', 'autonomia funcional' e 'patrimonial e da gestão de recursos humanos' ou de quaisquer outros que lhe pertençam, 'autonomia nas suas decisões técnicas', 'ausência de subordinação hierárquica', são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres. Assim, o único ponto realmente peculiar em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas [...]." MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 174.

[247] SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011, t. 1, p. 298.

possíveis. Foi contratada a consultoria Coopers & Lybrand pelo Ministério das Minas e Energia, com apoio do Banco Mundial, para elaborar a proposta de reestruturação do setor, em processo que se desenvolveu entre agosto de 1996 e o final de 1997, recebendo o nome de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (RE-SEB). Os paradigmas de base do modelo brasileiro são principalmente os processos liberalizantes de reforma do sistema elétrico chileno (posta em prática na década de 1980 durante a ditadura do General Augusto Pinochet)[248] e a reforma de Margareth Thatcher no sistema da Grã-Bretanha, iniciada em março de 1990, que implementava um modelo de competição no atacado como primeiro passo para se chegar ao modelo de competição no varejo no Reino Unido.[249] A reforma tinha como objetivos essenciais, a recapitalização do setor com recursos privados e a redução dos custos de energia através da competição. Diversos aspectos essenciais de tais mudanças já estavam introduzidos de maneira assistemática no setor como, conforme já demonstrado, a introdução da figura dos consumidores livres e o livre

---

[248] As reformas no sistema chileno nesse sentido inclusive precederam as reformas ocorridas nos sistemas de energia da Grã-Bretanha. Embora o processo de desestatização tenha ocorrido na década de 1980, a alteração do regime tarifário ocorreu ainda nos anos 1970, e a promulgação do marco regulatório (*Ley General de Servicios Eléctricos*) ocorreu em 1982. Faziam parte de um grupo mais amplo de medidas para a estabilização da economia do país inspiradas nas doutrinas liberais da Escola de Chicago, antecedida por severo ajuste fiscal, cortes no gasto público, reforma no sistema de previdência social, reforma das empresas públicas e amplo programa de privatizações. Todavia, manteve-se de certa forma em tal mercado a verticalização da cadeia produtiva, pois era permitida a propriedade privada de mais de um segmento. Por exemplo, na década de 1990 a Endesa S/A, que também atuava na área de geração, possuía o monopólio da transmissão do país. São características principais do modelo chileno, conforme a *Ley General de Servicios Eléctricos*, DFL/1 de 1982 e o *Reglamento da Ley General*, de 1998: despacho centralizado através do Centro de Despacho Económico de Cargas (CDEC), buscando-se o menor custo e a segurança do sistema; plena liberdade para a instalação de empresas de geração; liberdade dos geradores venderem sua energia a terceiros, notadamente consumidores livres, através de contratos bilaterais; regulação setorial através da *Comisión Nacional de Energía (*CNE); tarifas de eletricidade dos consumidores cativos são fixadas por decreto do *Ministério de Economía, Fomento y Reconstrucción*, informando-se previamente a CNE; planejamento indicativo pela CNE dos grandes projetos de geração e distribuição; tarifação cobrada pelas distribuidoras que reflita o custo de operação e inversão destas com uma rentabilidade anual de 10%, sempre que tais custos, adaptados às condições específicas daquele mercado, reflitam aos da empresa paradigma. GONZÁLEZ, Maria Isabel. Chile. In: PAULA, Ericson de. *Energía para el desarrollo de América del Sur*. São Paulo: Mackenzie, 2006, p. 149-150. ROUSSEFF, Dilma Vana. A privatização do setor elétrico no Chile: o erro mudou. *Revista Indicadores Econômicos FEE,* Porto Alegre, v. 23, n. 2, p. 110-135, 1995.

[249] Posteriormente, no governo trabalhista do final da década de 1990, foram realizadas diversas reformas no sistema regulatório do setor de eletricidade da Inglaterra, com vistas a aumentar a intervenção estatal no setor, complexificando a regulação e reduzindo o espaço de auto-regulação dos agentes setoriais, principalmente no que se refere à matéria ambiental. MCHARG, Aileen. The political economy of regulation: developments in British energy regulation under Labour*.* In: *Regulating energy and natural resources*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 168-169.

acesso às redes de transporte.

Todavia, ainda se mostrava necessária a criação de um mercado aberto de comercialização de eletricidade que permitisse assegurar um sistema eficiente de transações de eletricidade, no qual geradores pudessem vender sua energia e remunerar seus investimentos, mesmo sem contrato de longo prazo. Ainda, tal mercado deveria fornecer sinais firmes e precisos do valor da eletricidade para geradores e consumidores, de forma a ampliar a competição no atacado e varejo. Na mesma toada, as prioridades nos investimentos de expansão do parque energético deveriam seguir o critério da rentabilidade.[250] O referido processo de reestruturação setorial andava em paralelo com a privatização das empresas de eletricidade[251], e era necessário para o aprofundamento das privatizações. Nesse sentido, é significativa a justificativa do coordenador do processo de elaboração do RE-SEB quanto ao fato da reforma ter sido implementada através de Medida Provisória e não por Projeto de Lei:

> A pressa em disponibilizar instrumento que possibilitasse a privatização da Eletrosul assim o exigia. Paciência. Entendíamos que uma lei seria mais consistente... mas a MP se transformaria em lei, então... tudo bem!
>
> Não há como negar: a pressão do BNDES e a urgência do governo, aflito em resolver o seu problema de 'caixa' foi o fundamental." [sic][252]

O modelo setorial estruturado pelo RE-SEB (a Lei n.º 9.648/1997, originada da MP n.º 1.531-18) calcava-se na liberalização da comercialização de energia elétrica, que passaria a se dar por meio de contratos bilaterais livremente pactuados entre produtores (independentes) e compradores (concessionários de distribuição e consumidores livres). Foi também introduzida por tal lei (art. 4º) a figura dos comercializadores de energia (regulamentada pela Resolução ANEEL n.º 265/1998),

---

[250] SAUER, Ildo *et al*. Energia elétrica no Brasil contemporâneo. In: BRANCO, Adriano Murgel (org.). *Política energética e crise de desenvolvimento.* São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 145-146.

[251] Veja-se que antes mesmo da conformação no novo marco regulatório setorial já haviam sido privatizadas dezoito empresas de energia, em sua maior parte distribuidoras, cuja regulação, mais simples do que nos demais segmentos, foi feita em maior parte no próprio contrato de concessão.

[252] PAIXÃO, Lindolfo Enesto. *Memórias do Projeto RE-SEB.* São Paulo: Massao Ohno, 2000, p. 173.

que dependem de autorização da ANEEL para funcionamento, poderiam comprar energia dos produtores e revendê-la para os compradores (consumidores livres e distribuidoras), sob a justificativa de dinamizar as transações e pressionar a redução de preços.

Para tanto, a Lei n.º 9.648/1997 estabeleceu mecanismos de comercialização independente dos mecanismos de despacho.

No que se refere à comercialização de energia, foi criado o Mercado Atacadista de Energia (MAE) para contabilizar as diferenças entre as necessidades e os montantes contratados, negociação dessa energia secundária e definição do preço *spot* da energia. Seu núcleo central era fundado na livre comercialização de eletricidade entre empresas de distribuição e de geração com base em contratos bilaterais de médio e longo prazo. Assentado no art. 12 da Lei n.º 9.648/1998, o MAE foi instituído em 1998 por Acordo Multilateral de todas as empresas que atuavam no setor, homologado pela ANEEL por meio da Resolução ANEEL n.º 18/1998[253]. A ASMAE (Administradora do Mercado Atacadista de Energia) era a pessoa jurídica de direito privado responsável por controlar a efetiva entrega da energia contratada, os consumos dos agentes compradores, a contabilização das operações e a determinação do preço de liquidação das operações de curto prazo (mercado *spot*), sendo financiada por rateio dos custos administrativos pelos participantes. A tarifa de comercialização de curto prazo do Mercado Atacadista equivalia ao preço *spot*, definido a partir de ferramentas computacionais.[254]

---

[253] Na verdade o MAE apenas entrou em funcionamento em 2000, com a homologação de suas regras pela ANEEL na Resolução ANEEL n.º 290/2000.

[254] Antonio Dias Leite ao detalhar o preço *spot* ressalta que o processo de formação de preços no MAE levava em conta especificidades regionais e comportava subclassificações: "Entre as atribuições do MAE, houve previsão para se definir um preço de mercado *spot* que refletisse, a cada período, o custo marginal da energia no sistema a ser utilizado como base das transações entre geradores e distribuidores, em ambiente multilateral. O preço seria determinado para cada submercado, Norte, Nordeste, Sudeste e Sul, e classificado em três patamares de carga: pesada, média e leve. O MAE operou, de início, observando os métodos antes adotados pelo GCOI; sua entrada oficial em operação se deu em setembro de 2000." LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 305.

O modelo computacional do mercado *spot* não era imune a críticas, pois em determinados momentos apresentava volatilidade de preços em situações de estabilidade de hidrologia e demanda, podendo apresentar preços baixos em áreas com níveis baixos de reservatórios e, altos, em outros lugares com usinas vertendo água, conforme destaca Ildo Sauer: "Normalmente, os preços dos mercados de ajuste de curto prazo, entre oferta e demanda (*spot*), resultam das decisões dos agentes. Paradoxalmente, as reformas - inspiradas nas ideias liberalizantes de Friedman, com apologia absoluta do mercado e das escolhas racionais de seus participantes, decisores dos riscos -

As geradoras poderiam vender sua produção energética em tal mercado por intermédio de contratos de curto, médio e longo prazo para as distribuidoras de energia, consumidores livres e comercializadores. Porém, enfrentavam o risco de colocar energia no mercado *spot* e observar a redução do preço abaixo dos seus custos, devido à oferta excessiva de eletricidade. Os contratos bilaterais serviriam para a proteção de tais riscos, comprometendo-se com condições preestabelecidas por médio ou longo prazo. Por sua vez, tais instrumentos contratuais geravam risco de vender energia por maior prazo abaixo do preço *spot,* em caso de alta do mercado de curto prazo.

Por sua vez, os compradores deveriam então fazer sua análise de risco entre a decisão de comprar os excedentes de energia no mercado *spot* ou assegurar seu suprimento por intermédio de contratação bilateral de médio e longo prazo. Para as distribuidoras o modelo apresentava a vantagem de permitir assegurar o exatamente necessário para o aumento (mediante a compra de energia) ou redução (através da venda de excedentes) da demanda. Contudo, havia o risco de volatilidade dos preços, que, caso subissem acima dos valores fixados pela ANEEL, o custo adicional não poderia ser repassado diretamente aos consumidores cativos. Uma vez que não havia mercado de futuros, a proteção contra tais riscos se dava através dos contratos bilaterais. Estes, por sua vez, geravam o risco de sobrecontratação de energia elétrica. A ANEEL permitia a exposição de até quinze por cento de contratos com prazo de dois anos no mercado *spot*. De qualquer forma, considera-se que tal dinâmica de mercado expõe os consumidores cativos a sérios riscos durante a escassez de oferta.[255]

Foi estabelecido um programa de liberalização gradual da contratação das distribuidoras de eletricidade até chegar à plena contração bilateral livre, em regime

---

acabam materializadas num modelo computacional otimizador e centralizado, de fazer inveja aos '*gosplan* de Brejnev', simulando mão invisível do mercado, ao calcular preços (na verdade custos *spot*, com base em simulações estocásticas da hidrologia, do crescimento da demanda, com a antecipação, em nome dos agentes, do custo do déficit de energia, de custos futuros dos combustíveis, das taxas de desconto (derivadas das sagradas taxas de juros e risco) e de outros fatores. Neste caso, dados representativos das decisões dos investidores são produzidos arbitrariamente por terceiros." SAUER, Ildo *et al*. Energia elétrica no Brasil contemporâneo. In: BRANCO, Adriano Murgel (org.). *Política energética e crise de desenvolvimento.* São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 147.

[255] *Ibidem*, p. 149.

exclusivamente de direito privado. Como mecanismo de transição foram implementados no art. 10 da Lei n.º 9.648/1998 os denominados Contratos Iniciais, correspondentes em 1998 aos montantes de energia contratada e de demanda de potência definidos e atualizados pelo GCOI para as distribuidoras e, na falta destes, os montantes acordados entre as partes. Tais montantes seriam alterados de acordo com as previsões dos Planos Decenais de Expansão até 2002. A partir de tal ano, a contratação de tais montantes seria liberalizada na proporção de 25% ao ano até chegar ao regime de livre contratação em 2005.[256]

Quanto à política tarifária, a RE-SEB propunha valores de comercialização liberados entre os agentes geradores e os consumidores livres. Em relação aos consumidores cativos, o regime anterior e os contratos de concessão previam o repasse dos custos de aquisição de energia nas tarifas cobradas pelas distribuidoras. Porém, a fim de promover a modicidade tarifária e a compra eficiente de energia, estabeleceram-se limites de repasse dos custos de contratação de eletricidade pelos distribuidores aos usuários finais (fixados pela ANEEL no elemento "Valor Normativo", calculado a partir do valor de aquisição de energia elétrica pelas distribuidoras e outros critérios, na forma da Resolução ANEEL n.º 266/1998 e alterações posteriores).

Para incentivar a produção, estipulou-se o mecanismo de *self-dealing* ou auto-contratação[257], ou seja, a comercialização de energia entre geradoras e distribuidoras de um mesmo grupo econômico, que podiam comprar e vender energia entre si, a fim de aproveitar as sinergias existentes e reduzir os custos de transação. [258] O risco de uso abusivo do *self dealing*, (de aquisição de energia acima

---

[256] De forma sintética, os Contratos Iniciais eram contratos de fornecimento de energia de longo prazo que substituíram os Contratos de Suprimento de Energia Elétrica de Compra e Venda de Energia Elétrica do modelo setorial anterior. O processo de transição fixado pela Lei n.° 9.648/1998, visava evitar rupturas entre o regime de contratação anterior e o do RE-SEB que causassem desabastecimento das distribuidoras e insegurança para os consumidores.

[257] Será utilizada no presente estudo a nomenclatura *sefl-dealing*, pois, ainda que se incorra em desnecessário anglicismo, esta é a forma mais utilizada pela literatura para tratar de tal fenômeno.

[258] "Estando legalmente habilitadas a deter participações em geradoras pertencentes ao mesmo grupo econômico, através do *self-dealing*, as distribuidoras teriam estímulo para investir seus ganhos com a prestação do serviço público na construção de novas centrais de geração que, no futuro, especialmente a partir do decaimento dos volumes de energia contratados sob os contratos iniciais, poderiam suprir suas necessidades de contratação de energia elétrica para atendimento ao mercado consumidor." LUSTOSA, Isabel. Valor normativo e *sefl-dealing*: efeitos da sua adoção e

de valores de mercado) seria contingenciado a partir da imposição de limites pela ANEEL, com fulcro nos incisos VIII e IX, do art. 3º, da Lei n.º 9.647/1996 e por meio da Resolução ANEEL n.º 94/1998 (posteriormente, substituída pela Resolução ANEEL n.º 278/2000).[259] Cumpre ainda destacar que o Valor Normativo também seria um importante instrumento para impor tal limitação, ao restringir o repasse de eventuais custos adicionais na contratação de energia pelas distribuidoras na tarifa dos seus consumidores finais.

Em paralelo aos novos mecanismos de comercialização de energia, foi estruturado o despacho independente de energia nos sistemas interligados de transmissão, através de um agente criado especialmente para tal fim: o Operador Nacional do Sistema (ONS).[260] O ONS é uma pessoa jurídica de direito privado, autorizada pelo Poder Concedente, regulado e fiscalizado pela ANEEL, constituída pelos agentes de mercado do setor elétrico. Possui a responsabilidade de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados, na forma do art. 13, da Lei n.º 9.648/1998.[261] O ONS

---

consequências de sua extinção. In: LANDAU, Elena (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 482.

[259] Conforme art. 7º da Resolução ANEEL n.º278/2000.

[260] Luiz Gustavo Kaercher Loureiro ressalta a importância do papel do agente coordenador do despacho de energia no sistema: "Deixando de lado explicações e perplexidades físicas e técnicas, é importante ter presente que tal nota distintiva [impossibilidade de estocagem e consumo instantâneo de toda a energia gerada] – conjugada a outra que será vista a seguir, i.e., a da interligação elétrica - faz surgir a necessidade de um sujeito que, não se limitando a gerar, a transmitir ou distribuir energia, tenha uma visão completa do sistema, desde o comportamento das unidades geradoras até o dos centros de consumo. Trata-se de um 'operador do sistema', entidade (a tarefa hoje não está à medida de um só homem) que deve ter acesso prévio e, também, em tempo real a todas as informações acerca do comportamento da demanda ('carga' no jargão elétrico) de um dado sistema, bem como plena disponibilidade para coordenar a geração de energia nas usinas na medida da necessidade (coordenar ou determinar o 'despacho'). Como não se pode guardar energia elétrica nem se pode gerar em excesso (sob pena de comprometimento da estabilidade de todo o sistema), este operador do sistema deve garantir – sob certos pressupostos de segurança e economicidade, cfe. adiante - que a produção se iguale, a todo o instante, ao consumo." LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica: premissas gerais. *Revista de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul,* Santa Cruz do Sul, n. 28, p. 156, jul./dez. 2007.

[261] A indicação pormenorizada das atribuições do ONS encontra-se no parágrafo único do art. 13 da Lei n.º 9.648/1998, aqui apresentada em sua redação original (ou seja, sem as posteriores alterações estabelecidas pela Lei nº 10.848/2004):

"Art. 13 - Parágrafo único: Sem prejuízo de outras funções que lhe forem atribuídas em contratos específicos celebrados com os agentes do setor elétrico, constituirão atribuições do Operador Nacional do Sistema Elétrico:

a) o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas à otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados;

substituiu os Grupos de Coordenação para a Operação Interligada (GCOI) na coordenação dos sistemas de transmissão, retirando da Eletrobrás a responsabilidade por tais atribuições, passando-as para um agente externo, sob a vigilância de todo o mercado e dos órgãos reguladores. É interessante notar que o ONS, embora seja um agente privado, não possui finalidade lucrativa – inclusive, a alteração promovida pela Lei nº 10.848/2004 ao *caput* do art. 13, da Lei n.º 9.648/1998 estabelece expressamente isso.

O MAE, por sua vez, foi originalmente pensado como um mecanismo de autorregulação dos processos de comercialização setor de energia, todavia, se mostrou inoperante. Embora suas regras devessem ser enviadas para homologação da ANEEL em 1998, estas foram submetidas à Agência apenas em 2000 e homologadas no mesmo ano por meio da Resolução ANEEL n.º 290/2000. Contudo, não foram totalmente implementadas, levando à ocorrência de problemas nos processos de contabilização de operações e liquidação de diferenças. A ausência de cumprimento dos marcos do MAE, levou a ANEEL a publicar as Resoluções n.º 160, 161, 162/2001, para solucionar os impasses apontados, já em pleno racionamento. Porém, constatou-se que a autorregulamentação não funcionou. Assim, depois de negociações entre o Poder Concedente e agentes, o MAE passou a submeter-se à autorização, regulamentação e fiscalização pela ANEEL (MP n.º 29/2002, convertida em Lei n.º 10.443/2002).[262] De modo geral, entende-se que o processo de implantação do MAE, de acordo com sua proposta original, não foi bem sucedido, em razão da fragilidade de seu marco regulatório e devido ao contexto político-social do período, o qual envolveu racionamento de energia e ausência de políticas que o

---

b) a supervisão e coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos;

c) a supervisão e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais;

d) a contratação e administração de serviços de transmissão de energia elétrica e respectivas condições de acesso, bem como dos serviços ancilares;

e) propor à ANEEL as ampliações das instalações da rede básica de transmissão, bem como os reforços dos sistemas existentes, a serem licitados ou autorizados;

f) a definição de regras para a operação das instalações de transmissão da rede básica dos sistemas elétricos interligados, a serem aprovadas pela ANEEL."

[262] SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. t. 1, p. 298.

viabilizassem.[263]

Por fim, tem-se a privatização de empresas estatais no setor (estaduais e parte do sistema Eletrobrás) a fim reduzir a participação do Estado, transformando-o de prestador em regulador. Com isso buscava-se promover uma desconcentração no setor, por meio de pulverização da participação das controladas da Eletrobrás em diversas empresas, deixando na *holding* apenas os ativos estratégicos que não poderiam ser vendidos (*exempli gratia* Termonuclear S/A).[264]

Tem-se, assim, que o modelo setorial implementado no RE-SEB e pelas demais alterações ocorridas na década de 1990 representa a reestruturação do setor elétrico, com vistas a substituir a atuação monopolística do Estado, construída

---

[263] "O MAE foi, na prática, um desastre. Começou a existir quando já se sabia da escassez de energia, além do emaranhado de regras e da falta de providências essenciais previstas no modelo original, desfigurado [...]." LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 305.

[264] O art. 5º da Lei n.º 9.648/1998 indicava de forma clara a reestruturação das empresas de eletricidade com o intuito de incluí-las no Programa Nacional de Desestatização:

"Art. 5º. O Poder Executivo promoverá, com vistas à privatização, a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras S/A - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias Centrais Elétricas Sul do Brasil S/A - ELETROSUL, Centrais Elétricas Norte do Brasil S/A - ELETRONORTE, Cia. Hidroelétrica do São Francisco - CHESF e Furnas Centrais Elétricas S/A, mediante operações de cisão, fusão, incorporação, redução de capital, ou constituição de subsidiárias integrais, ficando autorizada a criação das seguintes sociedades:

I - até seis sociedades por ações, a partir da reestruturação da ELETROBRÁS, que terão por objeto principal deter participação acionária nas companhias de geração criadas conforme os incisos II, III e V, e na de geração relativa à usina hidrelétrica de Tucuruí, de que trata o inciso IV;

II - duas sociedades por ações, a partir da reestruturação da ELETROSUL, tendo uma como objeto social a geração e outra como objeto a transmissão de energia elétrica;

III - até três sociedades por ações, a partir da reestruturação de Furnas Centrais Elétricas S/A, tendo até duas como objeto social a geração e outra como objeto a transmissão de energia elétrica;

IV - seis sociedades por ações, a partir da reestruturação da ELETRONORTE, sendo duas para a geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, relativamente aos sistemas elétricos isolados de Manaus e Boa Vista, uma para a geração pela usina hidrelétrica de Tucuruí, uma para a geração nos sistemas elétricos dos Estados do Acre e Rondônia, uma para geração no Estado do Amapá e outra para a transmissão de energia elétrica;

V - até três sociedades por ações, a partir da reestruturação da CHESF, tendo até duas como objeto social a geração e outra como objeto a transmissão de energia elétrica.

§ 1º. As operações de reestruturação societária deverão ser previamente autorizadas pelo Conselho Nacional de Desestatização - CND, na forma da Lei no 9.491, de 9 de setembro de 1997, e submetidas à respectiva assembléia-geral pelo acionista controlador.

§ 2º. As sociedades serão formadas mediante versão de moeda corrente, valores mobiliários, bens, direitos e obrigações integrantes do patrimônio das companhias envolvidas na operação."

ao longo de mais de setenta anos, transferindo-a para agentes privados em regime de competição. Tais mudanças decorrem do próprio processo de reestruturação do Estado brasileiro do período, que visava alterar o seu papel de provedor de serviços públicos para regulador de atividades privadas exercidas no mercado, ainda que estas fossem de “relevante interesse econômico geral” – para utilizar a nomenclatura da experiência europeia consagrada a partir de semelhantes reformas ocorridas no processo de conformação da União Europeia.

Notam-se, nos pilares do processo de reestruturação do setor de energia brasileiro, todos os elementos essenciais de um modelo híbrido de competição no atacado e no varejo. Segmentou-se a cadeia produtiva de forma a permitir o livre comércio (a ser progressivamente implementado) de energia entre agentes compradores (distribuidoras, consumidores livres e comercializadores) e agentes vendedores (geradores e comercializadores), em relações contratuais bilaterais desenvolvidas num mercado de atacado formalizado (MAE). Assim, há competição no atacado, no que se refere à venda de energia pelos vendedores às distribuidoras e comercializadores e, por sua vez, competição no varejo, quanto à venda de energia diretamente pelos geradores aos consumidores livres.

A natureza jurídica híbrida público-privada de tais relações contratuais de comercialização de energia, também resta consolidada nesse período, à medida que, progressivamente, o Estado deixa espaço no setor para o ingresso de agentes privados. O exemplo dos denominados contratos iniciais é muito significativo desse processo de mudança, ao estabelecer a liberalização progressiva do formato de contrato de suprimento, próprio do modelo anterior. Aliás, o qual sequer era devidamente formalizado em muitos casos em tal modelo, uma vez que se dava entre agentes estatais em sua maioria em estruturas verticalizadas, o que levou à obrigatoriedade da formalização através do art. 3º, da Lei n.º 8.631/1993, por decorrência do crescente aumento de complexidade das relações econômicas entre os agentes setoriais agora públicos e privados.

Esperava-se que, com a introdução da competição na geração de energia e com a imposição de um processo de formação de preços que refletisse os custos reais do sistema, fosse reduzido o preço da energia elétrica e obtidos ganhos de eficiência na indústria como um todo, de forma a atrair o capital privado para o setor

e, assim, garantir os investimentos necessários para a expansão do sistema.[265]

Não obstante as promessas declaradas, a privatização do setor elétrico não foi bem sucedida, com resultados distantes do que fora prometido.[266] Tal afirmação se justifica na medida em que, quanto à modicidade tarifária, houve um escalonamento das tarifas no período pós-privatização que impactou negativamente a população de baixa renda[267]. No que se refere aos investimentos privados e estrangeiros na expansão do sistema, não foram tantos quanto se prometeu e, ainda, insuficientes, principalmente, em geração e transmissão. Por fim, havia perspectiva de melhoria da qualidade do serviço, a qual não se verificou, ao contrário: a qualidade do serviço decaiu a ponto de ocorrer uma crise de racionamento de energia que paralisou o país em 2001.

Tal crise, que ocasionou um racionamento de vários meses no país com profundos impactos na economia, não decorreu da falta de chuvas, como fora alegado pelo governo à época. Mas sim, foi um desdobramento da inadequação do modelo setorial adotado, que provocou a falta de investimentos suficientes na cadeia produtiva do setor (principalmente nas atividades de geração e transmissão).[268] Ressalte-se que até o planejamento da expansão era meramente indicativo por parte do Estado, assim, a decisão final de investir ou não na expansão do sistema decorria da conveniência dos agentes de mercado.

O mencionado processo foi interrompido pela crise energética de 2002 e a subsequente implementação do "Novíssimo" modelo do sistema elétrico brasileiro, em 2004-2005, que alterou o modelo competitivo e os respectivos mecanismos de contratação, a serem explanados no tópico seguinte.

---

[265] SILVA. Edson Luiz. *Formação de preços em mercados de energia elétrica.* Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001, p. 13.

[266] ROSA, Luiz Pingueli. A crise energética: causas e medidas de mitigação. In: BRANCO, Adriano Murgel (org.). *Política energética e crise de desenvolvimento.* São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 92.

[267] COHEN, Claude; MENDONÇA, Rosane; CHAGAS, Mônica; AGUIAR, Anna C. *O papel das tarifas de energia elétrica na queda da desigualdade de renda no Brasil.* Texto para Discussão. Rio de Janeiro: CEDE-UFF, 2008, n. 11, p. 20.

[268] ROSA, Luiz Pingueli. A crise energética ..., p. 92.

4.4 O “NOVÍSSIMO MODELO DO SETOR ELÉTRICO” COMO UM SISTEMA HÍBRIDO DE COMPETIÇÃO NO ATACADO E DE COMPRADOR ÚNICO

Os investimentos decorrentes das reformas realizadas na década de 1990 demoraram a surtir efeitos no setor. A falta de instalações de transmissão de energia elétrica, a utilização de um modelo energético baseado na matriz hidráulica – cujo prazo de instalação é maior do que das usinas térmicas – e a retomada do crescimento da economia após anos de estagnação (pressionando, portanto, o setor elétrico), agravaram mais ainda o risco de déficit de energia no país. Embora o governo federal houvesse estabelecido algumas medidas já ao final da década de 1990, com o intuito de prevenir uma crise de desabastecimento de energia elétrica no Brasil, elas se mostraram insuficientes para debelar a crise energética de 2001-2002.[269]

Foi então criada a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (CGE), que impôs reduções obrigatórias do consumo de usuários residenciais e industriais, com penalidades no caso de descumprimento, em razão da falta de geração de energia elétrica. Esse racionamento teve efeitos drásticos sobre a economia. Diversas outras medidas emergenciais foram tomadas; dentre elas, destaca-se a interrupção da descontratação dos Contratos Iniciais e a reestruturação do Mercado Atacadista de Energia de forma a permitir uma maior intervenção direta do Estado.[270]

---

[269] Dentre tais medidas merece destaque o Programa Prioritário de Termeletricidade (Decreto no. 3.371/2001) (PPT), oferecendo os seguintes benefícios aos agentes privados para a construção de Usinas Termelétricas (de 49 autorizações concedidas apenas treze usinas foram efetivamente construídas, sendo que quase todas elas foram com participação da Petrobrás):

a) Garantia de repasse às tarifas de distribuição dos valores provenientes de contratos de compra e venda de energia termelétrica (VN);

b) Assunção do risco cambial associado ao gás natural (importado da Bolívia) pela Petrobrás;

c) Garantia de financiamento do empreendimento do BNDES. Ver SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* Belo Horizonte, a. 8, n. 31, p. 141-167, jul./set. 2010.

[270] Leila Cuéllar e Egon Bockmann Moreira ressaltam que embora tenha sido bem sucedida, pode ser questionado o modelo adotado com a instituição da Câmara de Gestão da Crise Energética, ao invés de privilegiar a autoridade reguladora recém-criada: “A reação do Governo Brasileiro foi radical: no momento mais decisivo vivido pelo setor energético nas últimas décadas, suprimiu qualquer possibilidade de a autoridade administrativa independente recém-criada exercer suas tarefas de regulação. A atividade mais cara ao setor foi outorgada a um órgão colegiado, chefiado por uma pessoa que priva da confiança pessoal do Presidente da República. Esse órgão tomou atitudes

Instituiu-se, em 2001, a Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica, com o intuito de apurar as causas e responsabilidades pela crise de abastecimento elétrico. A Comissão, em seu relatório conhecido como "Relatório Kelman"[271], apurou que a condição hidrológica adversa por si só não teria sido suficiente para causar a crise energética, e, também, o aumento no consumo de energia correspondeu aos valores previstos e não teve influência na crise de abastecimento. Ou seja, a crise decorreu da reestruturação do setor promovida na década de 1990. Foram apontados problemas de diversas ordens pelo relatório, dentre estes: (i) insuficiência nos sinais econômicos para a viabilização de investimentos; (ii) falta de reserva de segurança para atendimento da demanda em situação de crise; (iii) ineficácia na ação governamental; (iv) insuficiência de ação preventiva para evitar racionamentos de grande profundidade; (v) ineficácia na correção de falhas de mercado; (vi) falta de reserva de segurança para atendimento de demanda em situação de crise; (vii) insuficiência dos programas de conservação de energia.[272]

Com o encerramento do racionamento em 2002 e o novo governo que assumiu em 2003, foi considerada necessária a revisão do marco normativo setorial, com foco na reestruturação da sistemática de geração e de comercialização de energia elétrica, principalmente às distribuidoras.[273] O aspecto central de tal

---

radicais de intervenção ativa na economia, sob as mais diversas roupagens jurídicas. Essa atitude poderia ser interpretada como um voto de desconfiança da ANEEL." CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. As agências reguladoras brasileiras e a crise energética. In: ________ *Estudos de Direito Econômico.* Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 230.

[271] Tal nomenclatura decorre do presidente da comissão: Jerson Kelman. CÂMARA DE GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA. *Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica*. Disponível em: <http://antonioguilherme.web.br.com/artigos/relatoriokelman.pdf>. Acesso em 3/1/2011.

[272] CÂMARA DE GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA. *Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica*. Disponível em: <http://antonioguilherme.web.br.com/artigos/relatoriokelman.pdf>. Acesso em 3/1/2011.

[273] A transição entre o Governo Fernando Henrique Cardoso e o Governo de Luís Inácio Lula da Silva, ocorrida entre 2002 e 2003, implicou numa alteração fundamental no modelo setorial baseada em fundamentos ideológicos distintos. O projeto de reestruturação, elaborado inicialmente por Ildo Sauer (USP-IEE), Luiz Pinguelli Rosa (UFRJ-COPPE) e Maurício Tolmasquim (UFRJ-COPPE) partia de premissas diversas do modelo e governo anterior. Numa análise comparativa elaborada por Antônio Dias Leite, os fundamentos ideológicos da reforma realizada no RE-SEB foram: "a) do mérito inquestionável da economia de mercado, b) do demérito da administração pública em empresas atuantes na área econômica, c) da desnecessidade de um planejamento estratégico de longo prazo, coordenado pelo governo. Pouca atenção foi dispensada, então, às bases físicas da estrutura do setor elétrico." Por sua vez, em antítese, na "reforma da reforma" realizada

processo de revisão era a persecução da modicidade tarifária.

A reestruturação foi discutida no âmbito do Ministério das Minas e Energia, a partir de processos de diálogo com associações de classe dos agentes setoriais. Seu documento final foi aprovado pelo Conselho Nacional de Política Energética, por meio da Resolução CNPE n.º 09/2003 e encaminhado à Presidência da República.

A nova conformação setorial é baseada numa estrutura de maior regulação estatal e de planejamento determinativo pelo Estado (aplicáveis a todos os agentes setoriais) em substituição ao planejamento indicativo do modelo anterior. Segundo o Ministério das Minas e Energia (MME), o chamado "Novíssimo Modelo" tem três objetivos essenciais: (i) garantir a segurança de suprimento de energia elétrica; (ii) promover a modicidade tarifária, por meio da contratação eficiente de energia para os consumidores regulados; (iii) promover a inserção social no Setor Elétrico, em particular pelos programas de universalização de atendimento.[274]

A implementação da reforma se deu com dois marcos normativos principais: a Lei n°. 10.847/2004 (advinda da MP n.º 145/2003, e regulamentada pelo Decreto n.º 5.184/2004), que cria a Empresa de Pesquisa Energética S/A (EPE - empresa pública federal responsável pela realização de estudos e planejamento do setor, bem como, pelo registro das unidades geradoras de energia); e a Lei n.º 10.848/2004 (decorrente da conversão da MP n.º 144/2003, e regulamentada pelo Decreto n.º 5.163/2004), que reestruturou o modelo regulatório setorial, marcadamente quanto ao regime de comercialização de tal energia.

A reforma não representou completa ruptura com o modelo anterior, pois manteve uma série de aspectos do RE-SEB ligados à participação privada no setor em regime de competição. Assim, persistiu a divisão entre consumidores livres e cativos.[275] Assegurou-se a manutenção do livre acesso às redes de transmissão e

pelo governo seguinte, o mesmo autor destaca os seguintes fundamentos ideológicos: "a) da possibilidade de assegurar, por via institucional, a modicidade tarifária entendida como tarifas baixas - não obstante a elevação inexorável dos custos de novos projetos hidrelétricos e da alta previsível do preço dos combustíveis; b) da confiança na eficácia da ação do Estado mediante empresas públicas; c) da desconfiança no comportamento das empresas privadas, diante do seu objetivo dominante de lucro; e d) da necessidade de planejamento estratégico de longo prazo a cargo do governo, visando fundamentalmente assegurar o suprimento de energia elétrica." LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 378.

[274] MME. *Modelo Institucional do Setor Elétrico.* Disponível em: <www.mme.gov.br>. Acesso em: 02/01/2011.

[275] Aliás, o Decreto n.º 5.249/2004 deixou de requerer tensão mínima de 69kV aos

distribuição. Manteve-se o despacho independente de energia através do ONS (porém, este passou a sofrer maior ingerência estatal, com o recuo da sua governança privada a partir designação de seus diretores pelo MME, incluindo-se seu presidente). Por fim, preservou-se a possibilidade de contratação bilateral livre de consumidores livres e comercializadores, conforme será demonstrado na sequência.

A desintegração vertical da cadeia produtiva restou reforçada ao ser vedado o exercício da atividade de distribuição em conjunto com qualquer outra (geração, transmissão e comercialização para consumidores livres). No mesmo sentido, impediu-se às geradoras que fazem parte no SIN a sua atuação como coligadas ou controladoras de distribuidoras.[276] Finalmente, no sentido de aprofundamento da desverticalização, foi vedado o *self-dealing* que ocorria no RE-SEB.

Por outro lado, aumentou a atuação interventiva do Estado, principalmente no que toca às atividades de planejamento e monitoramento, bem como em relação ao regime de aquisição de energia pelas distribuidoras.

Quanto ao planejamento e monitoramento, foram criados dois novos

---

consumidores livres, mantendo-se a carga de 3MW. Isso permitiu uma maior ampliação do contingente de consumidores livres, que passou de quarenta em 2004 para 613 em 2013. CCEE. *Infomercado,* n. 72, ago. 2013. Disponível em: Disponível em: <www.ccee.org.br>. Acesso em: 10/08/2013.

[276] “Art. 8º. Os arts. 4º, 11, 12, 15 e 17 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 4º. .... [...]

§ 5º. As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional – SIN não poderão desenvolver atividades:

I - de geração de energia elétrica;

II - de transmissão de energia elétrica;

III - de venda de energia a consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei, exceto às unidades consumidoras localizadas na área de concessão ou permissão da empresa distribuidora, sob as mesmas condições reguladas aplicáveis aos demais consumidores não abrangidos por aqueles artigos, inclusive tarifas e prazos;

IV - de participação em outras sociedades de forma direta ou indireta, ressalvado o disposto no art. 31, inciso VIII, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nos respectivos contratos de concessão; ou

V - estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização, exceto nos casos previstos em lei e nos respectivos contratos de concessão. [...]

§ 7º. As concessionárias e as autorizadas de geração de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional – SIN não poderão ser coligadas ou controladoras de sociedades que desenvolvam atividades de distribuição de energia elétrica no SIN.’”

agentes: a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE). A EPE foi constituída pela Lei nº. 10.847/2004 como empresa pública vinculada ao MME, com o objetivo de "prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético" (art. 2º, da Lei nº. 10.847/2004). Foi assim, retomado o planejamento determinativo pelo Estado próprio do modelo monopólio estatal. No entanto, tal planejamento deixa de se dar no âmbito da Eletrobrás e passa a ocorrer em uma empresa pública constituída especialmente para tal fim, com maior independência e transparência. Por sua vez, o CMSE é constituído como órgão subordinado ao MME "com a função precípua de acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional" (art. 14, da Lei n.° 10.848/2004 e art. 1º, do Decreto n.° 5.175/2004). Assim, tal órgão tem por competência aferir a segurança energética do país (principalmente, em gás natural, petróleo e eletricidade) e indicar ao CNPE ações preventivas contra deficiências do sistema.

Mas a principal alteração em relação a tal modelo setorial se refere à dinâmica de comercialização de energia, com maior intervenção estatal no que toca à comercialização de energia, especialmente em relação às distribuidoras – que atendem aos consumidores cativos. Em linhas gerais, o modelo trouxe nova disciplina para as atividades de geração e comercialização de energia com a criação do ambiente de livre contratação e do ambiente de contratação regulada.

O art. 4° da Lei n.° 10.848/2004 autoriza a institu ição da Câmara de Comercialização de Contratos de Energia Elétrica (CCEE), pessoa jurídica de direito privado, como instituição sucessora do MAE, principalmente no que toca à contabilização e a liquidação de diferenças contratuais no curto prazo e de conformação do mercado de atacado. Acrescente-se que a CCEE assume um novo papel ao realizar os leilões por delegação da ANEEL, para venda de energia aos distribuidores e ao atuar como interveniente e administradora dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEAR).

No Ambiente de Contratação Regulada (ACR) a comercialização de energia elétrica apenas pode ser realizada por meio de leilões públicos promovidos pela ANEEL, no âmbito da CCEE.

A comercialização no ACR se destina apenas ao suprimento de energia elétrica às concessionárias de distribuição de energia elétrica. Estas não podem mais adquirir energia fora do ACR[277], uma vez que o *self-dealing* fora revogado pela Lei n.º 10.848/2004, e, via de regra, não há mais contratação direta e bilateral entre distribuidoras e geradores – para garantia da segurança jurídica do setor foram mantidos os contratos firmados até então.

O suprimento de energia dos distribuidores é disputado pelos agentes geradores, produtores independentes e comercializadores de energia (cadastrados na EPE) em leilão regulado pela ANEEL e realizado no âmbito da CCEE, no qual prevalecem os menores lances de venda. O montante de energia elétrica adquirida pelo *pool* de compradores é dividido entre as distribuidoras na proporção das declarações das necessidades de energia prestadas por estas.[278] Destaque-se que as companhias distribuidoras não atuam de forma individualizada no leilão de energia, mas sim, sob a forma de *pool* como um comprador único. Somente após a realização do leilão, que os montantes de energia são individualizados sob a forma de Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEAR).

---

[277] As distribuidoras que fazem parte dos sistemas isolados, e as que fizerem parte do SIN, mas possuírem mercado próprio inferior a 500 GWh/ano poderão adquirir energia elétrica de forma diversa dos referidos leilões, na forma do art. 2º, §12, da Lei n.º 10.848/2004 e do art. 16, do Decreto n.º 5.163/2004:

"Lei n.º 10.848/2004 – Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre: [...]

§ 12. As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que tenham mercado próprio inferior a 500 (quinhentos) GWh/ano ficam autorizadas a adquirir energia elétrica do atual agente supridor, com tarifa regulada, ou mediante processo de licitação pública por elas promovido ou na forma prevista neste artigo, sendo que na licitação pública poderão participar concessionárias, permissionárias, autorizadas de geração e comercializadoras. (Redação dada pela Lei nº 11.075, de 2004)"

"Decreto n.º 5.163/2004 – Art. 16. Os agentes de distribuição que tenham mercado próprio inferior a 500 GWh/ano poderão adquirir energia elétrica:

I - por meio dos leilões de compra realizados no ACR;

II - de geradores distribuídos, na forma dos arts. 14 e 15;

III - com tarifa regulada do seu atual agente supridor; ou

IV - mediante processo de licitação pública por eles promovido. [...]"

[278] PACHECO, Adriane Cristina Spicciati. A contratação da compra e venda de energia elétrica pelas concessionárias de distribuição. In: LANDAU, Elena (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 386.

A criação do ACR, segundo a proposta inicial do MME, constitui a base da modicidade tarifária no "Novíssimo Modelo" por promover a contratação eficiente de energia pelos agentes distribuidores, que repassam seus ganhos com a redução do seu custo aos seus consumidores cativos – de menor porte.[279]

Na definição de tal modelo, são três as características que buscam gerar eficiência. Primeiramente, a aquisição de energia destinada ao mercado cativo se dá apenas por intermédio de leilões reversos, sob a modalidade de "menor tarifa". Ainda, as empresas distribuidoras formam um *pool* a fim de obterem economia de escala na contratação de energia de novos empreendimentos, repartirem riscos e condições contratuais, bem como, tornarem equânimes as tarifas de suprimento. Por fim, ocorre de maneira separada, mediante licitação, a contratação de energia de novos empreendimentos de geração ("leilões de energia nova", mais cara, pois atende a expansão da demanda através de empreendimentos ainda não amortizados) e dos empreendimentos existentes ("leilões de energia velha", baseada em capacidade de geração já instalada e depreciada, portanto, mais barata).[280]

Cabe, contudo, apontar a existência de críticas na doutrina quanto à excessiva ingerência estatal que ocorre nos leilões de energia realizados no ACR gerando distorções, principalmente no que tange à formação de "preços de reserva" excessivamente baixos (preço considerado mínimo definido pelo MME).[281]

Do ponto de vista competitivo, a partir do modelo Hunt-Shuttleworth, considera-se que o ACR constitui um modelo de Competição por Comprador Único. Ainda que não haja a figura de uma Agência Compradora que adquira toda a energia do mercado e a revenda às Distribuidoras do *Purchasing Agency Model* tradicional, existe um verdadeiro monopsônio do *pool* dos agentes distribuidores para a aquisição da energia disponível para o Mercado Cativo.

---

[279] MME. *Modelo Institucional do Setor Elétrico.* Disponível em: <www.mme.gov.br>. Acesso em: 02/01/2011. Sérgio Bajay e outros apontam que as estatais participantes dos leilões também possuem importante papel para o controle do poder dos agentes privados, oligopolistas em tal contexto, ao influírem na determinação do preço máximo leilão de forma articulada com o Poder Público. BAJAY, Sérgio V.; CORREIA, Tiago B.; CORREIA, Paulo B. Perspectivas de competição entre empresas privadas e estatais pela expansão da oferta de energia elétrica no Brasil – Uma proposta de modelagem, com base na teoria dos jogos. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 10, n. 1, 2004.

[280] *Ibidem, loc. cit.*

[281] SALES, Cláudio. *Eliminando a artificialidade dos leilões de energia elétrica*. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 532-533.

Conforme o exposto gera-se competição entre os agentes produtores, com o intuito de reduzir a tarifa aos consumidores finais.[282] Ainda, ao dissociar os leilões de energia de empreendimentos existentes de geração e os leilões de energia de novos empreendimentos, busca também assegurar a expansão do sistema.

Por sua vez, no Ambiente de Contratação Livre (ACL), os termos e condições contratuais são livremente pactuados entre as partes, dando continuidade ao modelo de competição no varejo anterior. Deve-se ressaltar que podem participar do ACL os agentes geradores (incluídos os autoprodutores com excedentes), comercializadores e consumidores livres[283] (art. 47, do Dec. n.º 5.163/2004). Em tal ambiente, todos os agentes geradores com capacidade disponível podem comercializar a energia gerada por suas usinas com qualquer agente comprador de energia.

Tais operações são juridicamente conformadas por meio de Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Livre (CCEAL). Estes são contratos bilaterais de longo ou curto prazo com condições estipuladas de livre modo entre as partes (diferentemente dos CCEAR), devendo ser apenas informados pela CCEE, por meio de Procedimento de Comercialização, não sendo necessária homologação pela ANEEL.

Os agentes vendedores podem optar por comercializar sua energia em qualquer dos dois ambientes, todavia, devem respeitar suas garantias físicas e atender a quantidade mínima de energia a ser destinada ao ACR, imposta pelos editais de leilões de energia nova ou pelos contratos de concessão de serviço público de geração.[284]

Desta forma, tem-se no ACL um modelo de competição no varejo, no qual consumidores livres e agentes vendedores estabelecem livremente e bilateralmente

---

[282] Esse caráter de unicidade do *pool* de agentes distribuidores é ressaltado pelo MME: *"Em termos comerciais, o ACR poderia ser visualizado como uma 'cooperativa' que agrega as demandas de vários distribuidores e tem contratos com um conjunto de geradores."* MME. *Modelo Institucional do Setor Elétrico.* Disponível em: <www.mme.gov.br>. Acesso em: 02/01/2011.

[283] Consumidores livres são aqueles definidos pelo art. 16 da Lei n.º 9.074/1995: *"É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica"*.

[284] SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* Belo Horizonte, a. 8, n. 31, p. 141-167, jul./set. 2010.

os preços e condições contratuais do fornecimento de energia.

No modelo brasileiro, o mercado de atacado pode ser acessado para compra apenas pelos comercializadores de energia e consumidores livres. Não possuem acesso ao mercado de atacado as distribuidoras e os consumidores cativos (que serão atendidos por estas no ACR).

Desta feita, considera-se que a atual conformação regulatória do setor de energia elétrica adota, no Brasil, um sistema competitivo híbrido, no qual coexistem um modelo de competição por comprador único e um modelo de competição no varejo.

Determinados setores da doutrina nacional entendem o modelo brasileiro contemporâneo como um sistema misto de competição no atacado e no varejo.[285] Tais autores entendem que o ACR configura um ambiente de competição no atacado, tendo-se em vista a multiplicidade dos agentes de distribuição que nele atuam. Não é o ponto de vista que se adota no presente trabalho, na medida em que o ACR não configura um mercado de atacado propriamente dito, pois não há verdadeiramente multiplicidade de agentes compradores. Os montantes de energia gerados em atendimento às necessidades declaradas pelas distribuidoras são adquiridos conjuntamente por estas, sob a forma de *pool* de compradores, restando a competição adstrita ao segmento de geração.

Ressalte-se que o processo de formação de preços difere entre os ambientes: no ACR se dá por meio de leilões públicos (cujo valor do insumo é repassado às tarifas de distribuição dos consumidores cativos) e no ACL a formação de preços ocorre no regime de livre concorrência.[286] As modalidades contratuais e a respectiva natureza jurídica, predominantemente pública ou privada, destas refletem tal tensão.

Assim, em relação ao modelo RE-SEB, foi mantido o regime de competição no varejo apenas no ACL. Conforme exposto, o ACR estrutura um modelo de competição de comprador único, conferindo ao Brasil um modelo competitivo híbrido

---

[285] Por exemplo: LEITE, André Luís da Silva. CASTRO, Nivalde J. de. Estrutura de governança e a formação de holdings no setor elétrico brasileiro. *Estratégia e Negócios,* Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 74, jul./dez. 2008.

[286] SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* Belo Horizonte, a. 8, n. 31, p. 141-167, jul./set. 2010.

no mercado de energia.

É importante ressaltar a importância que os mecanismos contratuais assumem com as alterações promovidas na estrutura setorial desde a década de 1990 – com a separação da energia e da rede de transporte realizada para promover a inserção da competição na cadeia produtiva de energia. A energia em tais modelos é passível de ser livremente comercializada entre diversos tipos de agente, o que aumenta a complexidade das relações econômicas e a necessidade de redução dos custos de transação, o que se dará através de instrumentos contratuais. Nesse sentido, cumpre destacar o posicionamento de Hunt e Shuttleworth a tal respeito:

> Mas se é possível definir e separar o serviço de transporte, de modo que ele possa ser provido separadamente da energia em si, a eletricidade torna-se um produto que pode ser vendido e transportado de lugar em lugar, como qualquer outro produto. Os mercados de eletricidade são abertos a produtores alternativos e compradores alternativos. A análise econômica requerida para esse tipo de mundo é a análise das transações – qual é o produto que está sendo comprado e vendido, em qual momento, em qual lugar, quem é o comprador, quem é o vendedor, qual é o preço, como este é determinado, quais são as condições de venda? Esse é o mundo dos mercados e dos contratos. [tradução livre – grifo nosso][287]

Estabelecem-se, portanto, dois regimes contratuais distintos, os quais buscam resguardar a importância do bem transacionado, na medida em que as relações jurídicas travadas transcendem os interesses exclusivos dos agentes nelas envolvidos. Dessa maneira, o grau de intervenção estatal em tais contratos oscila de acordo com a essencialidade que a energia comporta em tais relações.

Nesse sentido, no que se refere às distribuidoras de energia que atendem diretamente aos consumidores cativos (compostos pela população em geral, serviços públicos municipais de iluminação, empresas de médio e pequeno porte, dentre outros) em regime de monopólio, estabeleceu-se um regime público de contratação, com leilões inversos, a fim de garantir a segurança de abastecimento e

---

[287] "*But if it is possible to define and separate the transport service, so that it can be provided separately from the electricity itself, electricity becomes a product that can be bought and sold and transported from place to place, much as any other product. Electricity markets are opened to alternative producers and alternative purchasers. The economic analysis required for this type of world is the analysis of transactions – what is the product being bought and sold, at what time, in what place; who is the buyer, who is the seller, what is the price, how is it determined; what are the conditions of the sale? This is the world of markets and contracts.*" HUNT, Sally; SHUTTLEWORTH, Graham. *Competition and Choice in Electricity*. Nova York: John Wiley and Sons, 1996, p. 1-2.

a modicidade tarifária para estes últimos. Por sua vez, em relação a grandes empresas eletrointensivas (com maior poder de negociação com compradores) capazes de ser atendidas em regime de competição, permitiu-se um regime de contratação privado com menor intervenção estatal, necessária apenas para conformar tais operações econômicas para objetivos transindividuais relacionados aos efeitos sistêmicos de tais contratos e à essencialidade e custo social do bem transacionado.

É importante advertir que esse modelo não é, e nem pode ser, imutável, estando em permanente reconstrução, de modo a sofrer constantes mutações devido à necessidade de adaptá-lo às circunstâncias do setor e da sociedade brasileira. Verificou-se que ao longo do seu transcurso no Brasil, este foi adaptado de acordo com as contigencialidades e opções políticas de cada momento histórico, e assim continuará a ser. A única permanência do setor elétrico é, paradoxalmente, sua impermanência. Sobre esse tema, Helder Queiroz Pinto Jr. e Ronaldo Goulart Bicalho, do Grupo de Economia da Energia do IE/UFRJ, ressaltam a necessidade de flexibilidade institucional no setor elétrico:

> Duas questões fundamentais devem referenciar o debate sobre a reestruturação da indústria elétrica:
>
> A primeira delas é que essa indústria atravessa um período de transição no qual o ponto de partida está definido, porém o ponto de chegada permanece obscuro. Portanto, a sua reestruturação institucional envolve um intenso processo de aprendizado, com idas e vindas, erros e acertos, sucessos e fracassos; tendo como objetivo fundamental, a guiar a intervenção político/institucional, a garantia do suprimento de energia elétrica para o desenvolvimento econômico e o bem-estar da sociedade.
>
> A segunda questão diz respeito ao reconhecimento de que os arranjos institucionais devem refletir a natureza indeterminada do processo de transição da indústria elétrica, provendo a flexibilidade necessária para que, em um processo, incontornável, de tentativa e erro, seja possível construir uma solução mais adequada à real idade de cada indústria.
>
> O reconhecimento dessas duas questões permite um melhor enquadramento do debate sobre esse tema, trazendo-o para um curso mais próximo das condições reais em que operam as indústrias e as instituições; explicitando, dessa forma, a importância decisiva da dimensão político/institucional, que sempre esteve, e sempre estará, presente na evolução da indústria elétrica.[288]

---

[288] BICALHO, Ronaldo Goulart; PINTO JÚNIOR, Helder Queiroz. Flexibilidade institucional e transformações estruturais: o caso do setor elétrico. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 10, n. 1, 2004, p. 5.

Tais ambientes de contratação, bem como as modalidades contratuais inerentes a cada um destes serão mais bem explicitados em capítulos específicos do presente trabalho. No capítulo seguinte, apresentar-se-ão brevemente os agentes da cadeia produtiva de energia.

5 AGENTES DA CADEIA PRODUTIVA DE ENERGIA ELÉTRICA E PAPÉIS PÚBLICO-PRIVADOS DOS POLOS DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE COMERCIALIZAÇÃO

Uma vez verificados os caracteres gerais da regulação jurídica do setor elétrico brasileiro, torna-se necessário melhor compreender o papel exercido pelos diferentes agentes da cadeia produtiva de energia elétrica, a partir do processo de desverticalização já exposto. As relações entabuladas por tais agentes, com atuações diversas, caracterizadas por múltiplos papéis públicos e privados, encontram-se conformadas em estruturas contratuais, em especial, as relações de comercialização aqui estudadas.

A seguir serão apresentados tão somente seus caracteres essenciais, de modo breve, uma vez que parte significativa de suas particularidades já foram, ou serão, apresentadas incidentalmente, de modo a relacioná-los com a estrutura setorial e aos mecanismos contratuais aqui tratados.

Destarte, inicia-se a exposição com o ponto de origem da produção de energia: a atividade de geração de eletricidade.

5.1 AGENTES DE GERAÇÃO E CO-GERAÇÃO

O primeiro agente da cadeia produtiva de energia elétrica a ser apresentado, e o que comporta maior dinamicidade em sua forma em diferentes formas de atuar, constitui a atividade de geração.

A geração de energia elétrica situa-se na base da cadeia setorial. Embora tenha se convencionado a denominar tais agentes como “geradores”, em verdade, eles não geram energia, mas sim, de forma geral, transformam, ou realizam a conversão de uma “fonte primária de energia” na energia elétrica que será fornecida ao sistema. As diversas fontes primárias de energia diferenciam a denominação do tipo de energia produzida pelo agente gerador: hidráulica, térmica (*exempli gratia* gerada a partir de um combustível como carvão, gás, óleo, nuclear *et coetera*), ou de

fontes alternativas (*exempli gratia* solar, eólica, de biomassa etc.).[289]

A matriz energética brasileira é primordialmente hidrotérmica. De acordo com a Empresa de Pesquisa Energética (EPE)[290], no ano de 2012, a oferta interna de energia elétrica por fonte esteve subdividida da seguinte forma: a) hidráulica: 76,9% do total[291]; biomassa: 6,8% do total[292]; eólica: 0,9% do total; gás natural: 7,9% do total; derivados de petróleo: 3,3% do total; nuclear: 2,7% do total; carvão e derivados: 1,6% do total[293].[294]

A Lei n.º 9.074/1995 estabeleceu figuras jurídicas distintas básicas para os agentes de geração, com regimes jurídicos próprios:

> (i) Concessionários de serviço público de geração: agentes geradores, aos quais foi concedida a prestação de serviço público de geração.
>
> (ii) Agentes autoprodutores: que produzem energia para consumo próprio, podendo comercializar de forma eventual e temporária os seus excedentes mediante autorização da ANEEL (cf. art. 1º, §3º do Decreto n.º 5.163/2004).
>
> (iii) Produtores independentes de energia: definidos pelo art. 11 da Lei n.º 9.074/1995 como aqueles que produzem energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

As duas primeiras figuras, o concessionário de serviço público de geração e o autoprodutor de energia, são formulações antigas dos marcos normativos do setor de eletricidade, advindos do próprio Código de Águas. Contudo, a Produção Independente de Energia foi introduzida mais recentemente, por intermédio da Lei

---

[289] Tais segmentos subdividem-se em fontes renováveis (hidráulica, biomassa, eólica, solar, entre outras) e fontes não renováveis (gás, derivados de petróleo, nuclear, carvão etc.).

[290] EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (BRASIL). *Balanço Energético Nacional 2013*: Ano base 2012. Rio de Janeiro: EPE, 2013, p. 16.

[291] Incluindo-se a importação de eletricidade.

[292] Incluindo-se lenha, bagaço de cana, lixívia e outras recuperações.

[293] Incluindo-se gás de coqueria.

[294] A matriz energética brasileira, predominantemente hidráulica, é bem diversa da mundial, na qual prevalece a energia advinda de fontes térmicas. Segundo dados da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), no ano de 2008, as unidades de geração hidráulicas representavam aproximadamente 73,4% da produção de energia no Brasil, acompanhadas de 15,4% de produção térmica e 2,8% de produção nuclear (a importação de energia, incluindo a parte paraguaia de Itaipu representa outros 8,5%). No panorama mundial, o cenário é inverso com 68% da geração de energia sendo produzida por fontes térmicas, 13,8% por energia nuclear e 15,6% por fontes hídricas (outras fontes energéticas representam 8,5% da produção mundial). EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (BRASIL). *Balanço Energético Nacional 2009*: ano base 2008. Rio de Janeiro: EPE, 2009, p. 14-15.

n.º 9.074/1995, na tentativa de implementar um regime de mercado para segmentos da atividade de geração de energia elétrica.[295]

Cumpre ressaltar que o exercício das atividades de geração hidráulica, de acordo com o marco normativo implementado desde o Código de Águas, estabelece duas formas distintas de outorga. A primeira é relativa ao uso do aproveitamento energético do curso d'água ("potencial hidrelétrico" ou "potencial hidráulico") considerado bem público, mediante autorização ou concessão, de acordo com o tamanho do potencial, na forma dos artigos 5º e 7º da Lei n.º 9.074/1995.[296] A segunda, refere-se ao exercício da atividade em si, que precisa de outorga

---

[295] David Waltenberg destaca que tal regime seria intermediário entre o serviço público destinado à prestação de serviço à coletividade e a produção de energia elétrica, atividade notadamente privada: "Esse terceiro regime [produção independente de energia] caracteriza-se como intermediário entre a concessão de serviço público, voltada ao atendimento do público em geral, e a autoprodução, voltada, basicamente, para o atendimento do próprio gerador. A produção independente envolve tanto a possibilidade de comercialização da energia produzida como seu autoconsumo. Com efeito, a legislação diz que o produtor independente é aquele que produz energia elétrica para consumo próprio ou para com comercialização, por sua conta e risco." WALTENBERG, David A. M. O Direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 360.

[296] "Art. 5º. São objeto de concessão, mediante licitação:

I - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW e a implantação de usinas termelétricas de potência superior a 5.000 kW, destinados a execução de serviço público;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW, destinados à produção independente de energia elétrica;

III - de uso de bem público, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 10.000 kW, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes.

§ 1º. Nas licitações previstas neste e no artigo seguinte, o poder concedente deverá especificar as finalidades do aproveitamento ou da implantação das usinas.

§ 2º. Nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do 'aproveitamento ótimo' pelo poder concedente, podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo.

§ 3º. Considera-se 'aproveitamento ótimo', todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d'água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica.

Art. 7º. São objeto de autorização:

I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.

Parágrafo único. As usinas termelétricas referidas neste e nos arts. 5º e 6º não compreendem aquelas cuja fonte primária de energia é a nuclear."

específica mediante autorização ou concessão (não há na atividade de geração a figura da permissão). Unidades de geração com potência muito reduzida estão dispensadas de ato de outorga do Poder Público, devendo este apenas ser comunicado de sua existência, conforme estabelece o artigo 8º da Lei n.º 9.074/1995 e art. 176, §3º da CF/1988.[297]

As usinas dos geradores hidráulicos classificam-se de acordo com o respectivo potencial de geração. Considerando tal critério, são Centrais Geradoras Hidrelétricas aquelas com potência de até 1.000 (mil) kW, reguladas pela Resolução ANEEL. Por sua vez, Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH) são os empreendimentos hidrelétricos com potência superior a 1.000 (mil) kW e igual ou inferior a 30.000 (trinta mil) kW, com área total de reservatório igual ou inferior a três km², conforme dispõe o art. 2° da Resolução ANEEL n .° 394/1998). Finalmente, usinas hidrelétricas (UHE) são aquelas com potência superior e/ou áreas de reservatório superiores a tais montantes.

Nos termos do art. 14, do Decreto nº. 5.163/2004, considera-se geração distribuída a produção de energia elétrica advinda de empreendimentos de geração conectados diretamente ao sistema elétrico de distribuição do comprador. São consideradas exceções à geração distribuída as hidrelétricas, com capacidade instalada superior a 30 MW; e as termelétricas, inclusive cogeração, com eficiência energética inferior a 75% (não se aplicando tal limite a empreendimentos de biomassa ou resíduos). Dentre os empreendimentos de geração distribuída, existem aqueles recentemente denominados de microgeração e minigeração de eletricidade. De acordo com a Resolução ANEEL n.° 482/2002, consi dera-se microgeração aquela menor ou igual a 100 kW e que utilize fontes com base em energia hidráulica, solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada. Por sua vez, a minigeração decorre de superior a 100 kW e menor ou igual a 1 MW para fontes com base em energia hidráulica, solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada. Essas duas formas de produção de eletricidade não são passíveis de comercialização, a princípio, eis que a Resolução ANEEL n.° 482/2002 e stabelece tão somente um

---

[297] CF/1988. “Art. 8º. O aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente.”

regime de compensação entre o mini ou microgerador com a distribuidora no qual está conectado. A energia elétrica pode ainda ser produzida por cogeração, que implica na produção simultânea e sequencial de duas ou mais utilidades, calor de processo e potência mecânica ou elétrica, a partir da energia disponibilizada por um combustível. Assim, a atividade de cogeração resulta em meio para se obter maior eficiência energética, e redução de impactos socioambientais de atividades industriais. Um exemplo comum desse tipo de produção deriva da geração de energia elétrica e energia térmica decorrente de processos de queima de gás natural ou biomassa. O Decreto n.° 5.163/2004 permite a com ercialização de tal energia no mercado, submetendo-se a diferentes regimes, de acordo com os montantes produzidos.

Devido à possibilidade – e conveniência – de dois ou mais agentes geradores atuarem num mesmo mercado em regime de competição, a geração representa um dos segmentos de maior relevância para a inserção da competição na cadeia produtiva de energia.

5.2 AGENTES DE TRANSMISSÃO

Produzida a energia elétrica, seu transporte se faz necessário até os centros de distribuição, por meio de linhas de transmissão de alta voltagem. Tal atividade é relevante, principalmente devido ao modelo de geração hidrotérmico brasileiro, no qual grande parte das unidades de geração está situada a grandes distâncias dos mercados consumidores.

A estrutura de geração baseada principalmente em hidroelétricas, por possuir menor flexibilidade quanto à localização das usinas, torna mais complexa a estrutura de transmissão de energia, de modo a exigir a atuação de um agente que atue na coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica, através de um sistema integrado de transmissão.[298] Na atual conformação regulatória do Setor Elétrico Brasileiro, o agente responsável por essa função ordenadora do Sistema é o Operador Nacional do Sistema (ONS).

---

[298] Sistema Integrado Nacional (SIN).

O ONS é uma pessoa jurídica de direito privado, constituída como associação civil, sem fins lucrativos, criada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

Atualmente, os agentes responsáveis pela atividade de transmissão de energia são concessionários de serviço público, nos termos da Lei nº. 9.074/1995. Tal mercado é formado, segundo dados do ONS de 2010, por 58 empresas concessionárias de serviço público de transmissão, destas, 49 são privadas, detendo 53 concessões, e nove empresas são públicas e detêm 22 concessões.[299]

Uma vez que a implementação de estruturas paralelas de transmissão de energia não se justifica, do ponto de vista econômico, tendo-se em conta os altíssimos custos de construção de linhas, torres e demais equipamentos e obras de arte, tal atividade configura um monopólio natural por excelência, não sendo possível a instauração de um regime de competição, portanto, sujeito a forte regulação estatal, conforme se observará nos tópicos seguintes.

5.3 AGENTES DE DISTRIBUIÇÃO

Os agentes de distribuição são os responsáveis pela conexão e atendimento do consumidor (consumidores industriais de médio e pequeno porte, consumidores comerciais e consumidores residenciais), conectando-os aos sistemas de transmissão.[300]

A atividade de distribuição também é considerada serviço público, sendo prestada majoritariamente mediante regime de concessão, embora seja admitida, em situações específicas, a prestação via regime de autorização ou permissão.[301] Em 2008, o mercado de distribuição de energia elétrica atendia a aproximadamente 61 milhões de unidades consumidoras no Brasil, sendo formado por 63

[299] ONS. Relatório de apuração mensal de serviços e encargos de transmissão. Outubro/2010. www.ons.org.br.

[300] O art. 2º, inciso II, da Resolução Normativa nº. 2 06/2005 da ANEEL define o agente de distribuição como: “titular de concessão ou permissão para distribuição de energia elétrica a consumidor final ou a Unidade Suprida, exclusivamente de forma regulada”.

[301] As cooperativas de eletrificação rural podem ser autorizadas ou permissionárias para prestação do serviço de distribuição de energia elétrica, nos termos da Lei nº. 9.074/1995 e Resoluções Normativas da ANEEL de nº. 012/2002 e 20 5/2005.

concessionárias.[302]

Dentre os agentes de distribuição, pode-se ainda mencionar as cooperativas de eletrificação rural, as quais consistem em permissionárias de serviços de distribuição de energia elétrica.

De modo semelhante ao mercado de transmissão, a prestação de serviços de distribuição de energia constitui um monopólio natural, sujeito à forte regulação, tendo-se em vista os altos custos e a subseqüente inviabilidade da construção de sistemas paralelos de distribuição.

5.4 AGENTES COMERCIALIZADORES DE ENERGIA ELÉTRICA

Complementando o ciclo da cadeia produtiva do setor de energia elétrica, estão os agentes de comercialização de energia. Tais agentes são responsáveis pela compra de energia elétrica das geradoras e produtores independentes e pela venda desta aos compradores de maior porte (distribuidoras e consumidores livres).

Segundo Ricardo Gobbi Lima, o agente de comercialização pode atuar principalmente de três formas: (i) como *trader*, assumindo os riscos do mercado, ao comprar e vender energia em seu próprio nome; (ii) como *broker*, intermediando negociações entre vendedores e compradores de energia; (iii) como *dealer*, ao representar agentes ou interessados em atuar no mercado livre de energia.[303]

O comercializador depende de autorização da ANEEL para o exercício da atividade conforme o Decreto n°. 2.655/1998, alterado pela Lei n°. 10.848/2004 e Decreto n°. 5.163/2004.[304] Tal atividade, diferentemente da transmissão e distribuição, é exercida em regime de competição, nos termos do art. 2°, *caput*, do

[302] AGÊNCIA Nacional de Energia Elétrica (Brasil). Atlas de energia elétrica do Brasil. 3. ed. Brasília: ANEEL, 2008, p. 23.

[303] LIMA, Ricardo GOBBI. Comercialização de energia – alguns conceitos e princípios. *In:* LANDAU, Elena (org.).*Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 369.

[304] "Art. 9º Depende de autorização da ANEEL o exercício das atividades de comercialização, inclusive a importação e exportação de energia elétrica." A Lei n°. 10.848/2004 e o Decreto n°. 5.163/2004 implementam a extinção do Mercado Atacadista de Energia (MAE) e sua substituição pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), no âmbito da Reforma do Setor Elétrico em 2004.

referido diploma legal.[305]

5.5 AGENTES CONSUMIDORES

No elo final da cadeia produtiva de energia elétrica encontra-se o consumidor de eletricidade. Em tese, ele constitui o ponto orientador de todas as etapas da produção energética e define, em última instância, os resultados da competição. Não obstante, devido às peculiaridades do setor de energia, não há juridicamente um único tipo de consumidor de energia elétrica. Mas sim, a estrutura regulatória setorial estabelece diferentes qualificações jurídicas para estes, a seguir apresentadas de maneira sintética.

O maior número de consumidores de eletricidade no Brasil é composto pelo grupo dos denominados consumidores cativos. Estes são pessoas físicas e jurídicas, atendidos diretamente pela distribuidora de energia elétrica, que possui o monopólio sobre sua área de concessão. Tais consumidores são divididos pela Resolução ANEEL n.° 414/2010, que estabelece as con dições gerais para o fornecimento de energia elétrica, em dois grandes grupos: o denominado Grupo A, "composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição em tensão secundária, caracterizado pela tarifa binômia",[306] subdividido em subgrupos que vão do A1 ao AS, que irão variar decrescentemente, de acordo com os níveis de tensão ou por sistema subterrâneo; o segundo é o Grupo B, "composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV, caracterizado pela tarifa monômia"[307], por sua vez, subdividindo-se em B1 (residencial), B2 (rural) B3 (demais classes) e B4 (iluminação pública), cada uma destas divisões comporta diferentes classes e subclasses. Assim, de acordo com o art. 4° da referida

---

[305] "Art. 2º As atividades de geração e de comercialização de energia elétrica, inclusive sua importação e exportação, deverão ser exercidas em caráter competitivo, assegurado aos agentes econômicos interessados livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, mediante o pagamento dos encargos correspondentes e nas condições gerais estabelecidas pela ANEEL."

[306] Cf. art. 2°, inciso XXXVII, da Resolução ANEEL n.° 414/2010.

[307] Cf. art. 2°, inciso XXXVIII, da Resolução ANEEL n.° 414/2010.

resolução, caberá à distribuidora classificar as diferentes unidades consumidoras, de acordo com as características destas, inclusive de renda, dentre outros aspectos socioeconômicos, a atividade por estas exercidas e a finalidade da utilização da energia elétrica. Tais diferenciações indicarão a tarifa aplicável e implicarão em outros aspectos ligados às condições de fornecimento de eletricidade (*exempli gratia* cortes de energia e obrigatoriedade de fornecimento).

Em paralelo aos consumidores cativos, há a figura dos consumidores livres, que podem escolher seu fornecedor de eletricidade, adquirindo energia no Ambiente de Comercialização Livre (ACL), não estando vinculados à concessionária de distribuição que atende sua área. De acordo com o art. 15, da Lei 9.074/1995, estes são aqueles que possuem carga igual ou superior a 3.000 kW. Tais limites foram anteriormente estabelecidos em 10.000kW, porém foram progressivamente reduzidos pela legislação, com o intuito de ampliar o máximo possível a base destes consumidores a fim de aumentar a competição no ACL. Os consumidores potencialmente livres são aqueles que atendem tais condições, mas decidem não adquirir energia no ACL e se manterem como consumidores cativos da sua concessionária de distribuição.

Finalmente, há o grupo dos consumidores especiais definidos pelo art. 2°, inciso XVII, alínea “a”, da Resolução ANEEL n.° 414 /2010 e §5° do art. 26, da Lei n.° 9.427/1996. Estes são agentes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, da categoria de comercialização, que adquirem energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração enquadrados com potência igual ou inferior a 1.000 kW e aqueles com base em fontes solar, eólica e biomassa cuja potência injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição seja menor ou igual a 50.000 kW. Consistem unidades consumidoras reunidas por comunhão de interesses de fato ou de direito cuja carga seja maior ou igual a 500 kW e que não satisfazem, individualmente, os requisitos de consumidores livres. Tais fontes alternativas podem ser complementadas por outras fontes, desde que estas últimas sejam inferiores à metade do total produzido.

Apresentados os caracteres gerais dos agentes da cadeia produtiva de energia, resta apresentada de forma geral a ambiência onde estão situadas as relações contratuais de comercialização de energia elétrica. Desta forma, encerra-se

a primeira parte do presente estudo, e na seqüência inicia-se a análise dos contratos de comercialização propriamente ditos.

PARTE II – COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

1 PROBLEMATIZAÇÕES QUANTO AO PAPEL DOS CONTRATOS NA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

A estrutura do Setor Elétrico implementada no Brasil, a partir da década de 1990, conforme exposto nos tópicos anteriores, possui como principal alicerce a competição, introduzida mediante a desverticalização da sua cadeia produtiva. Tal modelo setorial aumentou a pulverização do mercado e, consequentemente, a complexidade das relações existentes entre os componentes do mercado.

Nesse sentido, cumpre novamente ressaltar que os contratos assumem graus de relevância diferentes, de acordo com o modelo de competição adotado pela indústria de eletricidade. Nos mercados monopolísticos e verticalizados, constata-se uma importância menor, uma vez que as transações se dão dentro de empresas de um mesmo grupo econômico, ou entre diferentes pessoas jurídicas públicas. Com o incremento da competição, por um lado reduz-se a centralização do mercado e, por outro, aumenta-se a complexidade das relações econômicas entabuladas entre os diferentes agentes.

Enzo Roppo traz a ideia do contrato como representação juridicamente formalizada de uma operação econômica de transferência de riqueza.[308] Esta noção indica que tais operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito, que as funcionaliza a determinados fins e interesses coletivos.[309] Por conseguinte, o contrato encontra-se imbuído de historicidade, modificando suas funções e disciplina ao refletir a estrutura do contexto econômico-social no qual está inserido.[310]

Desta forma, restam também alterados os diferentes perfis de contratos, de acordo com o modelo industrial adotado, que, por sua vez, varia de acordo com o contexto histórico, econômico e político do país, conforme exposto na Primeira Parte

---

[308] ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7-10.

[309] *Ibidem*, p. 11.

[310] *Ibidem*, p. 24.

deste estudo. Nos mercados monopolísticos, a formalização dos relacionamentos econômicos se dá por meio de instrumentos menos complexos e com menor grau de especificidade. Em verdade, a efetiva comercialização de energia elétrica se dará praticamente apenas entre monopolista e consumidor final, mediante contratos de suprimento com condições pré-estipuladas pelo legislador ou pelo distribuidor de energia. Nos mercados com mais intensidade de competição, por envolverem diferentes atores, com distintas funções e níveis de relacionamentos diversos, os contratos, com maior ou menor grau de intervenção do Poder Público, tornam-se importante mecanismo de agregação das atividades setoriais. Assim, a junção entre as diferentes espécies contratuais aplicáveis com os mecanismos de regulação é o que formará a rede sobre a qual se estrutura o setor. Sintetizando com outras palavras: "em conjunto esses contratos formam a 'matriz' que une uma indústria desagregada."[311]

O presente trabalho se debruça sobre um aspecto específico de tal "matriz", ou melhor, sobre uma modalidade específica de contrato: os contratos de comercialização de energia elétrica. Esta opção foi tomada por se considerar a comercialização de energia o elemento central no relacionamento estabelecido entre as partes em um mercado competitivo. Uma vez que tal relacionamento é precipuamente econômico-comercial, e no qual a competição dar-se-á justamente entre quem vende mais ou menos energia elétrica, a um preço mais alto ou mais baixo.

Na hipótese de trabalho apresentada, os contratos de comercialização de energia, ainda que sejam celebrados entre agentes privados, segundo as normas de direito civil e setoriais, são formas de atuação e intervenção estatal no âmbito da atividade econômica do setor elétrico, próprias do direito econômico.[312] Tais

---

[311] [tradução livre] HUNT, Sally; SHUTTLEWORTH, Graham. *Competition and Choice in Electricity*. Nova York: John Wiley and Sons, 1996, p. 91. "*Together, these contracts make up the 'matrix' which ties together a dis-aggregated industry.*" Tais autores ressaltam que, além da finalidade de promoção de trocas comerciais, os contratos também têm por fito gerenciar o risco em um sistema descentralizado e promover os incentivos para o comportamento eficiente do mercado: "*However, the purpose of contracts is not only to allow separate companies to deal with one another. Contracts can also be used to solve particular problems, such as how to manage risk in a decentralised system and how to provide incentives for efficient behaviour*."

[312] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998.* 8. ed. rev. ampl. São Paulo Malheiros, 2003, p. 82-83.

contratos possuem um papel central e estruturante como mecanismo organizativo que reduz a complexidade e os custos de transação setoriais, bem como aumentam a segurança estrutural e jurídica das relações nele travadas, funcionalizando-as, de forma a garantir o abastecimento e confiabilidade do sistema elétrico para a população e para a indústria.

Nesse sentido, o ato contratual deixa de ser visto isoladamente e com efeitos apenas relativos aos pactuantes, passando a ser observado inserto no sistema jurídico-social que o circunda. Ressalte-se que a função agregadora que ele exerce em relação à indústria, embora relevante, é insuficiente. Faz-se, assim, também, necessária uma intervenção do poder público na autorregulação do mercado, decorrente de diretrizes constitucionalmente estabelecidas ante a essencialidade do objeto das relações nele travadas.

Nos dizeres de Sousa Ribeiro, concretiza-se, assim, “não uma análise econômica do direito, mas uma valoração jurídica do econômico”.[313] Para o referido autor, o contrato é um sistema múltiplo e pluridimensional, cujo plano de interação declarativa dos sujeitos (ao qual de certa forma se restringe a visão da contratualística da modernidade) passa a estar inserido dentro de dois outros planos mais amplos, quais sejam: o sistema econômico e o sistema jurídico. Desta forma, o contrato possui natureza instrumental como estrutura de ordenação jurídico-econômica, à qual cabe compatibilizar simultaneamente os três planos em questão.[314]

Este é o desafio imposto a esta parte do estudo: analisar de que forma tais contratos estruturam-se e conjugam os referidos planos, sob o prisma do direito civil-constitucional contemporâneo, em razão da insuficiência das respostas da disciplina contratual da Modernidade.

Apenas com o intuito de problematizar tal tema, pode-se afirmar, de antemão, que o contrato de comercialização de energia elétrica é basicamente um contrato de compra e venda de bem móvel.

Não obstante, em um contrato de compra e venda de um bem móvel

---

[313] RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato* – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p. 236-237.

[314] *Ibidem*, p. 637.

comum, normalmente não há muitos questionamentos sobre a operação econômica envolvida. Utilizando um exemplo prosaico: o ato do comprador “A” de adquirir do vendedor “B” uma pizza com entrega em domicílio. A operação dar-se-á da seguinte forma: “A” telefona a “B” e constitui um contrato verbal de compra e venda, solicitando a fabricação e a entrega de uma pizza de determinado sabor em sua residência. “B” anui com os termos de “A”, estipula um preço de acordo com as particularidades do negócio e estabelece um prazo para entrega. “B” prepara a pizza e a entrega no endereço de “A”, no prazo e nas condições estipuladas. “A”, por sua vez, recebendo a pizza, verifica se foi devidamente cumprido o pedido, realiza o pagamento do preço acordado para “B”, estando o negócio a princípio encerrado (ressalvando-se, claro, os deveres pós-contratuais de “B”, ou a existência de vícios redibitórios etc.).

Por sua vez, os aspectos técnicos, físicos e econômicos da indústria de eletricidade tornam esta operação de compra e venda mais complexa. Basicamente, porque em um sistema interligado o consumidor “A” compra a energia do gerador “B”, mas quem gera a energia que será efetivamente entregue poderá ser o gerador “C”, “D” ou “E”, ou, aliás, todos esses juntos. E quem determina qual irá gerar a energia, possivelmente, não será nenhum deles. Isso ocorre devido a uma série de particularidades.

A primeira particularidade consiste no fato de que o agente gerador e o consumidor estão normalmente distantes um do outro, sendo assim, necessária a utilização de rede transmissão de energia, ou mesmo de distribuição – que se dá, no caso brasileiro, no âmbito do Sistema Interligado Nacional (SIN). Neste mesmo sistema, também estão conectados diversos outros agentes consumidores e geradores que, de igual forma, estarão injetando ou retirando eletricidade. Assim, no plano fático, é praticamente impossível direcionar especificamente o fluxo de eletricidade de determinado gerador para um consumidor em particular dentro da mesma rede. Desta feita, o consumidor poderá se utilizar da energia que necessitar, independentemente daquele gerador ter produzido a eletricidade que lhe fora vendida, já que haverá outros geradores aptos a tanto.

Ademais, uma vez que a eletricidade produzida deve ser instantaneamente consumida, geração e consumo têm de estar em permanente equilíbrio. Há grande

dificuldade, senão impossibilidade, do ponto de vista técnico, do agente gerador produzir apenas a exata quantidade de energia contratada que a cada instante será exigida pelo consumidor – principalmente quando estará também sendo gerada e consumida energia por outros agentes. Assim, haverá, a todo momento, sobras e déficits de eletricidade, reciprocamente, entre os diversos agentes inseridos.

Ainda, existem limitações do sistema como um todo que necessitam de coordenação, a fim de melhor otimizar os recursos disponíveis. A capacidade de alocação de energia na rede é limitada, já que a injeção de eletricidade por determinado gerador afeta, ou mesmo limita, a possibilidade de utilização desta por outro agente de geração. Caso o fluxo de energia seja igual à capacidade da linha de transmissão esta restará congestionada, e implicará em maiores investimentos para sua ampliação. Os limites de transmissão geram também obstáculos à troca de eletricidade entre os diferentes subsistemas existentes num país de dimensões continentais como Brasil.

Finalmente, um sistema hidrotérmico, como o brasileiro, apresenta a dificuldade consistente no fato de que a geração depende de condições hidrológicas variáveis, as quais afetam a capacidade de produção dos diferentes agentes ao longo do tempo. Tais usinas hidrelétricas estão, por vezes, dispostas em cascata numa mesma bacia, possuindo reservatórios de regularização plurianual, os quais, por sua vez, dependem de condições hidrológicas que variam sazonalmente entre as diversas regiões de um país de dimensões continentais como o Brasil. Deve-se acrescentar que, diferentemente de um sistema majoritariamente térmico (como os dos países europeus, por exemplo), as hidrelétricas possuem baixa flexibilidade para entrar ou sair de operação. Desta forma, é necessária a utilização racional desses recursos de forma coordenada, que supera, ou mesmo se contrapõe, aos interesses imediatos dos diferentes agentes de mercado.

Todas essas características e limitações demandam planejamento do sistema de forma a otimizar os recursos existentes e os respectivos custos financeiros e sociais da cadeia produtiva de energia. Ademais, exigem uma estrutura de comercialização adequada a tais particularidades, de forma a atingir os objetivos socialmente almejados.

Sendo assim, os contratos de comercialização de eletricidade possuem

especificidades que os diferenciam de uma operação de compra e venda ordinária, como a apresentada no exemplo do início do presente capítulo. Isso porque precisam compatibilizar o imediato interesse individual das partes envolvidas com o interesse coletivo do mercado e da sociedade, sob pena de inviabilizar o próprio exercício de tal atividade econômica, cujo objeto encontra-se situado entre sua essencialidade e seu custo social para o país.

Desta feita, os tópicos a seguir expostos irão demonstrar o formato da comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN), definida pelas reformas setoriais já expostas, de forma conjugada à teoria contratual contemporânea. Isso será feito, primeiramente, a partir da análise de dois elementos básicos: de uma visão geral da operação econômica de comercialização de eletricidade no SIN; e, em seguida, dos aspectos essenciais da dimensão jurídica de tal operação, formalizada na figura do contrato.

Deve ser ressalvado que, ao propor o referido formato de análise, não se pretende estabelecer qualquer forma de cisão ou dicotomia entre ambas as esferas, tendo em vista a intrínseca interrelação entre estas. Opta-se por tal caminho com finalidade didática, a fim de facilitar a exposição do tema.

2 ELEMENTOS CENTRAIS DA OPERAÇÃO ECONÔMICA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ELETRICIDADE NO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL

As mencionadas particularidades a respeito da comercialização de energia elétrica engendraram uma série de soluções, a fim de viabilizar as operações de transferência de riqueza em um ambiente competitivo, por meio de um sistema interligado de transmissão.

A reforma implementada no sistema elétrico brasileiro, a partir de 2004, possui dentre seus elementos fundantes a busca pela segurança de suprimento de energia elétrica. Com tal intuito, o inciso I, do art. 2º, do Decreto n.º 5.163/2004, determinou aos agentes vendedores de eletricidade a obrigatória apresentação de lastro para a garantia de cem por cento de seus contratos de venda de energia e potência. Cumpre ressaltar, também, que, de acordo com parágrafo 1º do mesmo artigo, a constituição do lastro dar-se-á pela garantia física das usinas de geração de propriedade do vendedor ou de terceiros, adquirida por meio de contratos. Por sua vez, a mencionada garantia, na forma do parágrafo 2º do mesmo artigo, corresponderá às quantidades máximas de energia e potência elétricas associadas ao empreendimento de geração que estes podem utilizar para comprovar o atendimento de carga ou comercializar através de contratos. No âmbito do processo de comercialização, a garantia física será a quantidade máxima de energia passível de ser comprometida por determinada usina nos seus contratos de venda.

Destaca-se que a necessidade de garantia em meio físico está intrinsecamente ligada à de energia assegurada, advinda da mudança do modelo de planejamento determinístico vigente no Brasil até meados de 1980, para o planejamento probabilístico atual.[315] Desta feita, a garantia física do sistema

[315] "Antes da reforma do Setor Elétrico, o conceito de energia firme de uma usina hidrelétrica era usado em estudos econômicos de dimensionamento e na assinatura de contratos de suprimento entre concessionárias. Se a demanda de energia da empresa excedia sua energia firme total (soma das energias firmes das usinas pertencentes à mesma), a concessionária era considerada "deficitária", devendo assinar contratos de suprimento com empresas 'superavitárias'. Embora os contratos de suprimento tivessem rebatimentos comerciais, sua importância era limitada, pois o ajuste das tarifas - e, portanto a remuneração da empresa - estava associada ao custo do serviço. Em resumo, a energia firme era um tema de importância para as equipes de planejamento da expansão e operação do Setor, mas tinha efeito comercial limitado. Posteriormente, o critério de

corresponderá à maior carga passível de suprimento, na forma das portarias MME nº 303, de 18/03/2004 e nº 258, de 28/07/2008, e, respectivamente, a garantia física de determinada usina corresponderá à fração que lhe é alocada de tal montante. Frise-se que, por ser um elemento de planejamento setorial, a garantia física não é determinada pelos agentes, mas sim, de acordo com o parágrafo 2º, do art. 2º, do Decreto n.º 5.163/2004, a estipulação da sua forma de cálculo é de responsabilidade do MME, enquanto o cálculo em si é atribuição da EPE, nos termos do art. 6º, §2º, IV, do Decreto n.º 5.184/2004.

Tendo em vista as particularidades do sistema hidrotérmico brasileiro, o gerenciamento da programação e despacho das usinas ligadas à rede básica de transmissão, deve ser feito de maneira centralizada pelo Operador Nacional do Sistema (ONS). Isso decorre da necessidade de operação integrada das usinas do sistema, a fim de aproveitar as sinergias da diversidade hidrológica existente entre as diferentes regiões do país, permitindo, assim, que as usinas consigam "atender a uma demanda 'assegurada' maior que a soma das demandas que cada uma conseguiria atender se operasse individualmente".[316] Ademais, garante o

dimensionamento passou a ser probabilístico, ao invés de garantir o atendimento no caso de ocorrência da pior seca registrada no histórico, passou-se a calcular a energia assegurada, definida como a máxima produção que pode ser mantida em uma determinada porcentagem - por exemplo, 95% - dos anos hidrológicos simulados. Este critério probabilístico, juntamente com a consideração do impacto econômico das falhas de suprimento, passou a permitir uma análise mais acurada da relação custo/benefício de investimentos." PINTO, André Dias. *Aplicação de um mercado atacadista de água para repartição dos certificados de energia assegurada entre usinas hidrelétricas.* 100 p. Dissertação (Mestrado). COPPE-UFRJ, Rio de Janeiro, 2007, p. 24-25.

A expansão do sistema de geração irá variar de acordo com a sua matriz energética. Segundo Flávio Borsato Guimarães, *et al,* "a expansão de um sistema de geração é função das suas próprias características. Isto é, em um sistema termelétrico puro, a expansão é planejada em função de um nível de confiabilidade determinado para o atendimento à demanda máxima futura – nesses sistemas, a capacidade de geração de ponta (ou potência máxima disponível) é suficiente para atender o requisito de energia, já que as usinas termelétricas não devem apresentar limitação em sua logística de fornecimento de combustível. No caso de sistemas hidrelétricos puros, em geral, a expansão é projetada para gerar sobras de capacidade, para atender um crescimento de mercado e para garantir o atendimento em diferentes situações hidrológicas. Quando se trata de sistemas hidrotérmicos, como no caso do Brasil, os efeitos acima descritos são combinados, fazendo com que sejam necessários critérios de garantia de atendimento à demanda máxima futura e ao consumo de energia previsto no horizonte de estudo, buscando, concomitantemente, uma expansão economicamente viável.Os critérios de garantia de suprimento, agregados a aspectos econômicos, compõem os assim denominados "critérios de planejamento", os quais auxiliam o planejador a estabelecer um plano de expansão tal que assegure uma qualidade de serviço satisfatória ao menor custo possível." GUIMARÃES, Flávio Borsato; *et al*. Avaliação das condições de atendimento à demanda máxima em horizonte decenal. *Revista Brasileira de Energia*, vol. 16, n. 2, 2. sem. 2010, p. 8.

[316] *Ibidem*, p. 3.

compartilhamento de riscos hidrológicos do sistema entre todos os seus componentes. Essa estrutura permite ao agente responsável pelo despacho centralizado decidir, de acordo com objetivos socialmente impostos, quais dentre as opções de geração existentes em determinado período garantem, simultaneamente, menor custo e maior segurança energética futura.

Amaro Olímpio Pereira Júnior indica as seguintes particularidades quanto ao processo decisório do operador do sistema no mecanismo de despacho centralizado:

> As usinas hidrelétricas que compõem o sistema elétrico brasileiro são dispostas em cascata e possuem grandes reservatórios de regularização plurianual, por isso, a escolha sobre quanto se utilizar dos estoques de energia, em forma de água, desses reservatórios está intrinsecamente ligada à incerteza das tendências hidrológicas. Dessa forma, se a produção hidráulica é privilegiada tem-se um menor custo atual, porém se as chuvas não forem suficientes para encher os reservatórios pode haver racionamento de energia, tornando a geração hidrelétrica mais cara no futuro. Por outro lado, se for privilegiada a produção térmica e a tendência hidrológica superar as expectativas haverá a necessidade de vertimento, desperdiçando-se a energia armazenada sob a forma de água. Existe, portanto, uma ligação entre a decisão operativa em um período qualquer e as suas consequências futuras, que é função dos prováveis estados do sistema. Estes estados são compostos por dois tipos de variáveis: o nível de armazenamento dos reservatórios e a tendência hidrológica do sistema.[317]

Destarte, o ONS decidirá qual usina irá despachar, de acordo com a ordem de mérito, utilizando-se dos critérios de menor custo marginal de geração e segurança energética, a partir da capacidade e necessidade de otimização do sistema interligado de transmissão e seus subsistemas.[318] O planejamento da operação se dará a partir das informações técnicas fornecidas pelos componentes do sistema, em especial as previsões de geração e demanda apresentadas anualmente pelos diversos agentes, na forma determinada pelo art. 17, do Decreto n.º 5.183/2004. Os critérios da operação do Sistema Interligado Nacional pelo ONS restam estabelecidos pelo parágrafo 4º, do art. 1º, da Lei n.º 10.848/2004.[319]

---

[317] PEREIRA JUNIOR, Amaro Olímpio. *Operação independente por subsistemas: comportamento estratégico para a geração no sistema elétrico brasileiro.* 128 p. Tese (Doutorado). COPPE-UFRJ, Rio de Janeiro, 2005, p. 21.

[318] O Sistema Interligado Nacional é composto por quatro diferentes subsistemas correspondentes a diversas regiões do país, sendo eles: Norte, Nordeste, Sudeste/Centro Oeste; Sul. Tais subsistemas, integrados no plano físico, mas separados por restrições de transmissão, no âmbito da comercialização de energia vão formar diferentes submercados.

[319] "Art. 1º [...]

A decisão sobre produzir ou não energia elétrica não cabe, de forma geral, aos agentes de geração conectados ao sistema interligado brasileiro, mas sim decorre de imperativos de ordem pública que visam a garantir a otimização do sistema e a segurança energética do país.[320]

Tais aspectos representam uma diferença muito grande em relação a um sistema majoritariamente ou exclusivamente térmico como da Inglaterra e País de Gales, que inspirou as reformas setoriais brasileiras. Em tal sistema, a decisão das geradoras entrarem ou não em funcionamento decorre basicamente do custo da energia gerada, sendo dada preferência àquela com menor custo em relação às demais. O agente gerador pode decidir se entra em operação ou não, ao analisar se é mais vantajoso gerar energia por si próprio, ou contratá-la a preços mais baixos no mercado para satisfazer o seu contrato de suprimento. Essa análise de oportunidade

---

§ 4º. Na operação do Sistema Interligado Nacional - SIN, serão considerados:

I - a otimização do uso dos recursos eletroenergéticos para o atendimento aos requisitos da carga, considerando as condições técnicas e econômicas para o despacho das usinas;

II - as necessidades de energia dos agentes;

III - os mecanismos de segurança operativa, podendo incluir curvas de aversão ao risco de deficit de energia;

IV - as restrições de transmissão;

V - o custo do deficit de energia; e

VI - as interligações internacionais.”

[320] Os Procedimentos de Rede são instrumentos normativos elaborados pelo ONS e aprovados pela ANEEL, com o fito de definir os procedimentos e requisitos necessários ao planejamento da operação eletroenergética, estabelecer a forma de administração da transmissão, bem como a operação e programação no SIN. Nos módulos 26.1 e 26.2 dos Procedimentos de Rede é estabelecida a classificação das usinas de geração de acordo com suas modalidades de operação: Tipo I – Programação e despacho centralizados; Tipo II – Programação centralizada e despacho não centralizado; Tipo III – Programação e despacho não centralizados. De acordo com o glossário de termos técnicos, estabelecido no Módulo 20 dos Procedimentos, as atividades de programação e despacho centralizados ou não são assim definidas: (a) Programação centralizada: a usina tem o programa de geração estabelecido de forma coordenada e centralizada pelo ONS, em bases mensais, semanais e diárias; (b) Programação não centralizada: a usina não tem o programa de geração estabelecido pelo ONS; (c) Despacho centralizado: a usina tem o despacho de geração no tempo real coordenado, estabelecido, supervisionado e controlado pelo ONS; e (d) Despacho não centralizado: a usina não tem o despacho de geração no tempo real coordenado, estabelecido, supervisionado e controlado pelo ONS. São variados os critérios classificadores entre as diferentes usinas de acordo com a sua modalidade de operação. Mas, basicamente, destacam-se a sua ligação da rede básica, seus impactos na segurança da rede de operação ou quando sua operação hidráulica possa afetar outras usinas despachadas e programadas centralizadamente. Nessas hipóteses, a usina será classificada como de Tipo 1, com programação e despacho centralizados. Desta feita, uma vez que a maior parte das geradoras está abarcada sob tais hipóteses, estão elas submetidas ao despacho centralizado no sistema brasileiro e dependem da decisão do ONS quanto à sua entrada em operação ou não.

pode ser realizada em tal sistema porque, diferentemente das hidrelétricas, as usinas térmicas convencionais[321] possuem maior flexibilidade para entrar e sair de operação, e não dependem de condições hidrológicas que afetam as reservas de todo o parque gerador. Isso difere em muito do sistema brasileiro, uma vez que as hidrelétricas possuem um grau de inflexibilidade muito maior e dependem da utilização racional da energia armazenada em seus reservatórios, a partir das condições hidrológicas existentes. No Brasil, as térmicas, com custo de geração mais elevado que o da energia hidráulica, possuem apenas natureza complementar no sistema, com a função de suplementarem a geração hidrelétrica em períodos de baixa hidrologia.[322]

No entanto, o planejamento da operação não se dá apenas do ponto de vista da geração, sendo também necessária previsibilidade em relação ao consumo. Assim, ao passo em que os agentes de geração possuem a obrigatoriedade de manter a totalidade do lastro da energia por eles vendida, as distribuidoras e consumidores não são supridos integralmente em condições reguladas, devem, de igual modo, garantir cem por cento de suas cargas, em termos de energia e potência, por meio de contratos registrados na CCEE, ou por empreendimentos de autogeração (apenas os consumidores nessa segunda hipótese), na forma dos incisos II e III, do art. 2º, do Decreto n.º 5.163/2004. Tal obrigatoriedade de

---

[321] As usinas térmicas nucleares são pouco flexíveis, devido à natureza física do combustível utilizado no seu processo de geração.

[322] Devido às restrições ambientais à construção de novas hidrelétricas com grandes reservatórios, ao esgotamento dos potenciais hidráulicos de grande porte, e ao progressivo aumento da demanda, observa-se a tendência de aumento da participação da geração térmica na matriz energética do país e o subsequente incremento do custo de geração. A tal respeito Renato Pinto Queiroz, do Grupo de Economia da Energia do Instituto de Economia da UFRJ, ao analisar a atual conjuntura do setor elétrico e a necessidade de aprofundamento das reformas, contextualiza o problema do aumento da geração térmica na matriz brasileira: “Para complicar mais o debate, há questões no âmbito técnico. A demanda de energia elétrica cresce, os níveis dos reservatórios caem e as usinas térmicas são chamadas a operarem para resolver o desequilíbrio de oferta e demanda. Nesse contexto está a discussão das hidrelétricas com reservatório na Amazônia com seus entraves técnicos e ambientais. Afinal mais de 50% do potencial hidrelétrico na Amazônia já foi explorado e não há um ‘clima’ político para defender mais reservatórios plurianuais. Para manter a segurança energética, mais térmicas necessitam entrar no cardápio de opções do Operador Nacional do Sistema. O combustível para alimentar essas usinas térmicas, que naturalmente deveria ser o gás natural, enquanto novas hidroelétricas e outras renováveis não aumentem a sua participação na matriz, não é competitivo. Pelo menos no momento. Para gerar, então, na base, sem intermitência, o planejamento terá que voltar para as opções existentes dentro das tecnologias disponíveis: carvão e energia nuclear. O mercado da tecnologia ‘verde’ já levanta suas críticas.” QUEIROZ, Renato Pinto. *Setor elétrico*: uma história de reformas. <infopetro.wordpress.com> Acesso em: 19/09/2013.

suprimento visa à segurança energética dos consumidores (principalmente daqueles atendidos pelas distribuidoras no mercado cativo) e a promover a ampliação do parque gerador, ao garantir aos agentes de geração a contratação de sua carga atual e futura. Ainda, permite que o ONS faça o adequado planejamento da operação, utilizando-se das necessidades declaradas por consumidores e distribuidores e das disponibilidades existentes no parque gerador. Destarte, os contratos de compra e venda de energia têm importante função no que se refere à previsibilidade do sistema.

Porém, em que pese a necessidade de contratação prévia da integralidade da carga, há uma grande distância entre o plano do contrato e as trocas efetivamente ocorridas no meio físico. É praticamente impossível que sejam fisicamente gerados por determinado gerador tão somente os montantes de eletricidade que serão a cada instante consumidos por seu comprador – ainda mais que tais quantidades são a princípio definidas *ex ante* pelas partes devido à obrigatoriedade de garantias integrais de fornecimento e suprimento. Essas relações se dão em um sistema interligado com múltiplos geradores e consumidores, no qual os seus agentes estão obrigados a programar e despachar sua energia de maneira centralizada, por meio de um operador independente. Há, portanto, na comercialização de energia em um mercado competitivo uma distância intrínseca entre as quantidades de eletricidade estipuladas nos contratos bilaterais de compra e venda e a energia que é efetivamente fornecida e consumida de modo individual. Em outras palavras, haverá permanentemente sobras e déficits de eletricidade entre os diferentes agentes em um sistema interligado, passíveis de serem denominados genericamente como “diferenças”.

A solução encontrada para o referido problema foi a estruturação de um mercado multilateral, em que as suas partes componentes fizessem a contabilização e a liquidação das sobras e déficits encontrados entre si, denominado comumente pela indústria como *spot*. Esse processo de liquidação se dá *ex post,* por meio de operações de compra e venda de curto prazo, complementares aos contratos bilaterais, nas quais as partes comercializam as diferenças necessárias para equalizar os montantes contratados e os consumos e geração verificados. Tal atuação coordenada apenas poderá ser levada a cabo caso as partes tenham

definidas regras comuns, de modo a permitir a realização conjunta de tais operações. Por exemplo, as regras para a definição do preço para tais operações de curto prazo, o preço *spot*, ou os procedimentos para a contabilização e liquidação das diferenças. Desse modo, a passagem de um modelo monopolístico para uma indústria de eletricidade baseada na competição pressupõe a conformação de um mercado comum no qual as partes possam comercializar no curto prazo as diferenças encontradas entre si.

No sistema brasileiro, o processo de organização de um mercado para a liquidação das diferenças da comercialização de energia se deu na RE-SEB, durante o processo de liberalização do setor na década de 1990, por meio do MAE. Uma vez que a reforma setorial empreendida, em 2004, aprofundou a desverticalização da cadeia produtiva e manteve a estrutura baseada em modelos competitivos, o MAE foi reestruturado e substituído pela CCEE, na forma do art. 4º da Lei n.º 10.848/2004. Esta última passou, então, a ser a instituição com a atribuição legal de viabilizar a comercialização de energia elétrica, bem como promover a contabilização e a liquidação financeira das operações no mercado de curto prazo. De acordo com a exposição já apresentada sobre tal reforma, a CCEE foi constituída sob a forma de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, sendo composta por todos os agentes do mercado.

Embora a responsável pelo processo de comercialização seja uma pessoa jurídica de direito privado, o legislador não optou por uma estrutura de autorregulação plena no Brasil, mas sim de regulação estatal. O Decreto n.º 5.163/2004, em seu art. 1.º, parágrafo 1º, estabelece três diferentes níveis de normas para a comercialização de eletricidade, cuja atribuição legal é da ANEEL, os quais irão variar progressivamente, de acordo com seu grau de especificidade.[323] O primeiro nível é composto pela Convenção de Comercialização, instituída por meio da Resolução Normativa ANEEL n.º 109/2004, que estabelece as condições gerais para a comercialização de energia elétrica no país, bem como a forma de

---

[323] "Art. 1º [...] § 1.º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL expedirá, para os fins do disposto no *caput*, em especial, os seguintes atos:

I - a convenção de comercialização;

II - as regras de comercialização; e

III - os procedimentos de comercialização."

funcionamento e atribuições da CCEE. O Estatuto Social da CCEE, embora decorra de aprovação de sua Assembleia Geral, tem por base a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica e também deve ser objeto de aprovação pela ANEEL. No segundo nível estão as regras de comercialização de energia, que perfazem "um conjunto de formulações algébricas que estabelecem todos os relacionamentos entre as variáveis do processo de comercialização da energia na CCEE".[324] Dessa maneira, as regras de comercialização estruturam os procedimentos de cálculo das operações de contabilização e liquidação da energia elétrica que serão realizados pela CCEE. No nível final estão situados os procedimentos de comercialização que constituem "um conjunto de normas propostas pela CCEE e aprovadas pela ANEEL que definem condições, requisitos, eventos e prazos relativos à comercialização de energia elétrica no âmbito da CCEE".[325] Os procedimentos de comercialização são propostos pelos próprios agentes e posteriormente aprovados pela ANEEL.

Tendo em vista que a função essencial da CCEE consiste no processo de contabilização e liquidação das diferenças entre os montantes contratados e aqueles verificados, mostra-se necessário analisar, ainda que de maneira simplificada, tais funções, a fim de melhor compreender a comercialização de energia. Serão apresentados apenas os elementos essenciais do processo de contabilização e liquidação, tão somente com o intuito de permitir a posterior análise da estrutura contratual que os subjaz.

A contabilização perfaz a etapa básica de tal processo, ao apurar as quantidades de energia gerada e consumida no sistema. Tal apuração se dá por meio da coleta de dados dos pontos de medição de consumo e geração no SIN (denominada "medição física" nas regras de comercialização).[326] Esses dados são ajustados e agrupados em informações consolidadas por tipo de ativo e por agente da CCEE, ao aplicarem a legislação vigente para casos específicos e procederem

---

[324] CCEE. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, [2012]. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[325] CCEE. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, 2012. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[326] CCEE. *Regras de Comercialização – Medição Física.* São Paulo: CCEE, 2013, p. 4. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

aos cálculos de perdas (constituindo a “medição contábil” nas Regras de Comercialização).[327] Aos valores contabilizados são contrapostos os montantes contratados pelos agentes do mercado. O art. 56, do Decreto nº 5.163/04, e o art. 7º, da Convenção de Comercialização de Energia estabelecem a obrigatoriedade de registro na CCEE dos contratos firmados no ACL no ACR, devendo ser informados às partes, montante de energia e os prazos de vigência.[328] Com base nos volumes contratados e nos volumes efetivamente medidos, é então feito o cálculo da contabilização das diferenças, por meio do balanço energético de cada agente, e das quantidades necessárias de energia a serem negociadas no Mercado de Curto Prazo.[329]

É necessária, ainda, a estipulação de um preço comum desse mercado de diferenças, uma vez que seria ineficiente e custoso deixar as partes negociarem individualmente entre si até alcançarem alguma definição. O preço do mercado de curto prazo (preço *spot*) no sistema brasileiro é denominado como Preço de Liquidação de Diferenças (PLD), sendo estipulado semanalmente para os diferentes patamares de carga[330] e submercados. O PLD é calculado com base no Custo Marginal de Operação (CMO)[331] determinado pelo ONS para a otimização do despacho centralizado, na forma do art. 57, do Decreto n.º 5.163/2004.[332] Para

---

[327] CCEE. *Regras de Comercialização – Medição Contábil.* São Paulo: CCEE, 2013, p. 4. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[328] Com a portaria n.º 455/2012 do MME passou a ser obrigatório também o registro do preço dos contratos do ACL, com o intuito de garantir maior transparência no mercado e obtenção de um índice geral de preços. Tal portaria ainda está em fase de implementação, e vem sofrendo diversas críticas dos agentes de mercado que consideram que os benefícios por ela trazidos são inferiores aos custos que irá gerar ao mercado.

[329] CCEE. *Regras de Comercialização – Balanço Energético*. São Paulo: CCEE, 2013, p. 4. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[330] Patamar de carga - período compreendendo determinado número de horas e caracterizado pela ocorrência de valores similares de carga do sistema elétrico. Para cálculo do PLD foram definidos três Patamares de Carga (Leve, Média e Pesada) pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS). CCEE. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, [2012]. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[331] O CMO “representa o custo variável do recurso de geração mais caro despachado, caso esse ainda tenha disponibilidade para suprir o próximo incremento de carga.” CCEE. *Regras de Comercialização – PLD*. São Paulo: CCEE, 2013, p. 8. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[332] “Art. 57. A contabilização e a liquidação mensal no mercado de curto prazo serão realizadas com base no PLD.

§ 1º. O PLD, a ser publicado pela CCEE, será calculado antecipadamente, com

garantir um grau mínimo de previsibilidade do mercado são estabelecidos patamares mínimos e máximos pela ANEEL para o PLD, que possuem por base os diferentes tipos de geração do sistema hidrotérmico brasileiro. Conforme determina o parágrafo 2º do referido dispositivo legal, o valor máximo do PLD está fundado nos "custos variáveis de operação dos empreendimentos termelétricos disponíveis para o despacho centralizado". Por sua vez, na forma do parágrafo 3º, o valor mínimo tem por base os "custos de operação e manutenção das usinas hidrelétricas, bem como os relativos à compensação financeira pelo uso dos recursos hídricos e royalties". Destarte, ainda que decorra de operações de curto prazo realizadas multilateralmente no mercado, o valor deste não é estipulado pelas partes, mas sim, pelas condições necessárias para a manutenção do equilíbrio necessário entre a segurança energética e o menor custo.

Por tudo que foi exposto, verifica-se que a operação econômica de comercialização de energia elétrica possui uma série de particularidades que a diferencia de outros processos ordinários de circulação de riqueza, dependendo de diversos elementos estruturais que transcendem o interesse individual dos contratantes e que demandam regulação jurídica específica. Por conseguinte, as modalidades contratuais de comercialização de eletricidade são muito específicas, e necessitam ser analisadas detidamente sob o prisma da teoria contratual contemporânea, conforme se verá nos capítulos seguintes.

---

periodicidade máxima semanal e terá como base o custo marginal de operação, limitado por preços mínimo e máximo, e deverá observar o seguinte:

I - a otimização do uso dos recursos eletro-energéticos para o atendimento aos requisitos da carga, considerando as condições técnicas e econômicas para o despacho das usinas;

II - as necessidades de energia elétrica dos agentes;

III - os mecanismos de segurança operativa, podendo incluir curvas de aversão ao risco de déficit de energia;

IV - o custo do déficit de energia elétrica;

V - as restrições de transmissão entre submercados;

VI - as interligações internacionais; e

VII - os intervalos de tempo e escalas de preços previamente estabelecidos que deverão refletir as variações do valor econômico da energia elétrica.

[...] § 6º. A liquidação no mercado de curto prazo far-se-á no máximo em base mensal."

3 DETERMINAÇÃO DA NATUREZA DOS CONTRATOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA SOB O PRISMA DO DIREITO CIVIL

Apresentados os aspectos gerais da operação econômica de energia elétrica, passa-se a seguir a analisar a natureza jurídica dos contratos de comercialização. Em outras palavras, utilizando-se da já mencionada nomenclatura de Enzo Roppo, analisar-se-ão os aspectos essenciais do “contrato conceito-jurídico”, que representa a formalização jurídica daquela operação econômica.

Pretende-se, portanto, apresentar o *locus* dos contratos de comercialização no panorama geral do ordenamento, em suas características essenciais.

3.1 A COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA COMO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

O trânsito jurídico da eletricidade, inserido num mercado competitivo, o qual é composto por diversos agentes, opera-se mediante contrato. Tal afirmação é pressuposto do estudo que ora se apresenta. Faz-se necessária, contudo, uma análise reflexiva sobre o contrato do qual o presente estudo trata.

Dentre as possíveis classificações do contrato mencionadas pela literatura, a primeira distinção considerada aqui pertinente dentre as diferentes modalidades de contrato, consiste naquela entre contratos atípicos (ou inominados) e típicos (ou nominados). Para a primeira modalidade, mais do que não possuírem designação própria (*nomen juris*), os contratos não possuem delimitação específica em lei, oferecendo maior amplitude à autonomia da vontade das partes na definição de seu conteúdo. Estes podem ainda ser subdivididos entre atípicos puros, quando seu formato decorre unicamente da vontade das partes; e em atípicos mistos, quando estão estruturados a partir modificações parciais da tipificação legal levadas a cabo pelas partes.[333] De outro lado, estão situados os contratos típicos, que possuem regulamentação específica em lei, com redução da autonomia das partes em

---

[333] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos* – parte general. Bueno Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 231.

definirem o conteúdo e a forma da relação contratual.[334]

Paulo Lôbo trata do problema da tipicidade aberta ou fechada na seara contratual. A tipicidade fechada, segundo o autor, pode ser encarada pelo ordenamento, sob três modos distintos, cujo grau de cogência das normas aplicáveis irá variar progressivamente: (i) impedindo a criação de novos tipos, além daqueles estipulados em lei, permitindo às partes apenas a escolha entre os diferentes tipos e quanto ao conteúdo; (ii) proibindo-se a escolha do tipo, mas permitindo a escolha do conteúdo; (iii) ao determinar o tipo, realiza-se a hipótese normativa, restando determinada toda a eficácia jurídica, sem possibilidade de escolha pelas partes quanto ao tipo e conteúdo. Por sua vez, a tipicidade aberta aponta para a possibilidade de livre escolha dos tipos, bem como a criação de novos tipos contratuais.[335] No que concerne a intervenção estatal no âmbito das relações interprivadas, o ideário liberal do contrato tenderia à opção pela tipicidade aberta no âmbito das relações jurídicas contratuais, como reflexo do princípio da autonomia privada negocial. Por sua vez, a passagem para o Estado Social implica em aumento da tipicidade fechada com o propósito de conformar as relações contratuais a objetivos sociais que transcendem o interesse individual das partes.[336] Finalmente, destaca que não há contrato verdadeiramente atípico, pois é necessário um mínimo de tipicidade social e difusão da prática negocial, para ser conferida força obrigatória a este, “uma vez que a liberdade contratual que as pessoas desfrutam existe ‘em razão’ da função social que o contrato deve observar”.[337]

---

[334] “Diz-se que um contrato é típico (ou nominado) quando as suas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa nos Códigos ou nas leis.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3, p. 34.

[335] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O Contrato:* exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 76.

[336] LÔBO, Paulo. *Contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 98.

[337] *Ibidem, loc. cit.* Enzo Roppo destaca a dinamicidade do processo de tipificação contratual, estando este profundamente ligado ao contexto histórico, econômico e social em que são desenvolvidas as práticas negociais. Assim, entende que há um contínuo processo de mudança na estrutura de tipificação, em que os “tipos legais”, por não atenderem mais as necessidades do trânsito jurídico, são transmutados a partir da formação de “tipos sociais” (desenvolvidos pelos agentes de mercado para a facilitação do tráfego econômico) que, por sua vez, podem vir a ser positivados pelo legislador ante a importância que venham a assumir. Nesse sentido: “Naturalmente, os tipos legais não são fixados uma vez por todas. Num dado momento histórico, a lei prevê e disciplina um certo número deles, na base do reconhecimento de que as operações a que correspondem são socialmente úteis e merecedoras de tutela jurídica; mas com o evoluir das condições económico-sociais, novas operações, novos géneros de negócios, diversos dos correspondentes aos tipos

Tal distinção possui relevância do ponto de vista prático, uma vez que nos contratos típicos as partes adotam, mesmo que implicitamente, as normas legais que abrangem a modalidade contratual utilizada, enquanto que nos contratos atípicos, é necessário um maior cuidado para minudenciarem as disposições contratuais pertinentes para a perfectibilização do negócio.[338]

Podem, ainda, serem mencionadas três diferentes funções para a tipificação dos contratos. Primeiramente, uma função facilitadora das operações de troca, de modo a dar maior agilidade ao tráfego econômico, como por exemplo, a compra venda. Em segundo lugar está a função delimitativa, em que o tipo específico apresenta o que seria "desejável no desenvolvimento de uma finalidade econômico-social específica". Desta forma, provoca a delimitação de determinado setor específico com a função de controle junto à ordem pública, como por exemplo, ocorre na especialização das normas consumeristas em relação ao direito comum. Finalmente, há a função de programação, em que são estabelecidas aprioristicamente as figuras contratuais e suas respectivas cláusulas próprias, com o intuito de conformá-las a objetivos sociais específicos.[339]

A partir do exposto, é possível compreender os contratos de comercialização de eletricidade como inseridos em uma estrutura contratual tipificada, permeada

---

codificados, podem emergir, por difusão e importância, no tráfico. Desenham-se, assim, com eles, novos tipos contratuais, não contemplados expressamente pelo legislador e portanto não recondutíveis a 'tipos legais', mas de facto reconhecidos e correntemente empregues no contexto sócio-económico, e que se definem por isso por 'tipos sociais': pense-se, na experiência actual, no contrato de *leasing* ou no contrato de *factoring*, instrumentos importantíssimos da organização empresarial moderna e todavia não disciplinados em nenhum texto legal. Geralmente acontece que o legislador — precedido pela realidade e pelas exigências da economia — acaba por tomar conhecimento *ex post* da existência desses 'tipos sociais', considera-os dignos de reconhecimento e tutela e procede, mais cedo ou mais tarde, à sua regulamentação específica: quando isto acontece, os 'tipos sociais' elevam-se a 'tipos legais' e a série destes últimos enriquece-se." ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 134.

[338] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3, p. 35.

[339] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos* – parte general. Bueno Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 229-230. Lorenzetti problematiza tais funções ao ressaltar a existência de crise no que se refere às figuras contratuais típicas, uma vez que a atividade privada tende a se desenvolver de forma distinta daquela prevista em lei. Segundo o autor, principalmente a função de programação encontra-se sob questionamento, e não deveria ser exercida pela tipificação.

Não obstante, infere-se que tal visão, embora correta, parte da perspectiva que não é desejável a planificação estatal no exercício de atividades de natureza essencialmente privada. Em setores regulados, nos quais há preponderância do interesse público em detrimento à autonomia privada, como o de energia elétrica, a função de programação exerce papel relevante de conformar a atuação dos agentes privados a finalidades públicas.

pelos princípios sociais do contrato aplicáveis. Portanto, o legislador visa a funcionalizar e submeter tais operações econômicas a fins sociais que transcendem o interesse das partes, que se encontram refletidos e consolidados na estrutura de tipificação. Desta forma, a contratação de energia resta subsumida a regulação de caráter cogente, de forma a limitar a autonomia privada dos contratantes, não tanto por eventuais disparidades de poder negocial existentes entre as partes, mas sim, devido à essencialidade e ao custo social do objeto mediato de tais relações.

Nessa espécie contratual, ainda que estejam presentes as funções da tipificação quanto à facilitação (pois, é necessário facilitar o tráfego de energia elétrica e reduzir os custos de transação de tais operações) e delimitação (tendo em vista que é preciso delimitar um regime específico), é prevalente a função de programação de tais atividades econômicas, em conformidade com a opção política pelo Estado Social, emanada da Constituição da República de 1988, e as respectivas orientações que esta determina para a ordem econômica, e em especial para o setor elétrico. Por conseguinte, um dos reflexos da estrutura de regulação setorial, cujas linhas gerais estão delineadas pelo texto constitucional, e delimitadas pelas opções adotadas pelo legislador infraconstitucional nas reformas ocorridas a partir da década de 1990, reside num processo de maior intensidade da tipificação contratual na comercialização de energia.

São diversas as modalidades de contratos típicos no direito brasileiro, sendo inviável e desnecessário mencioná-las aqui.[340] Especificamente em relação aos contratos de comercialização de energia elétrica, entende-se que estes estão tipificados enquanto gênero na categoria dos contratos de compra e venda, disciplinada pelos art. 481 e seguintes do Código Civil.[341] Como evidência, além da

---

[340] Apenas para indicar tal diversidade, é possível mencionar as espécies contratuais típicas da parte especial do livro de direito das obrigações da codificação civil, sendo elas: compra e venda (art. 481 a 532), troca ou permuta (art. 533), doação (art. 538 a 564), contrato estimatório (art. 534 a 537), locação (art. 565 a 578), empréstimo (art. 579 a 592), prestação de serviços (art. 593 a 609), empreitada (art. 610 a 626), depósito (art. 627 a 652), mandato (art. 653 a 692), fiança (art. 818 a 839), comissão (art. 693 a 709), distribuição (art. 710 a 721), corretagem (art. 722 a 729), transporte (art. 730 a 756), seguro (art. 757 a 802), constituição de renda (art. 803 a 813), jogo e aposta (art. 814 a 817), transação (art. 840 a 850) e compromisso (art. 851 a 853).

[341] "Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro."

Veja que nesse caso decidido pelo TJSP foi afastada a caracterização de um CCEAL como contrato de prestação de serviços a consumidor final: "CAUTELAR DE ARRESTO VERIFICAÇÃO DE

adequação da operação econômica de base às características da compra e venda[342], verifica-se que os artigos 9 e 10, da Lei n.º 9.647/1998 e artigo 1º,

---

QUE A AÇÃO NÃO TRAVA DISCUSSÃO SOBRE CONTRATO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA ‘AO CONSUMIDOR FINAL, MAS DE RELAÇÃO DECORRENTE DE COMPRA E VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA, ENTRE PESSOAS JURÍDICAS CONSTITUÍDAS PARA EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA. DISCUTE-SE, TAMBÉM, A INTERMEDIAÇÃO DE REPASSE DE ENERGIA ELÉTRICA, INCLUSIVE A LEGITIMIDADE DA CCEE (CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA), POIS A QUESTÃO GIRA EM TORNO DE UM CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE DETERMINADA QUANTIDADE DE MEGA WATTS MENSAIS, CELEBRADO ENTRE DUAS EMPRESAS DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA EM GRANDE ESCALA - COMPETÊNCIA RESIDUAL DAS 1ª A 10ª CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, III, ‘A’, DA RESOLUÇÃO N° 194/2004 REDI STRIBUIÇÃO DETERMINADA. [...].” TJSP. AI 0038602-12.2013.8.26.0000. Rel. Des Cristina Zucchi. 34ª Câmara de Direito Privado, julg. em 25/03/2013, DJ 11/04/2013.

De igual forma é o posicionamento do TRF da 1ª Região: DIREITO “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO, TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO. ATIVIDADES PRIVATIVAS DA UNIÃO (SERVIÇO PÚBLICO). NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. PREVISÃO DO REGIME DE LIVRE MERCADO PARA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO. ANEEL. POLÍCIA ADMINISTRATIVA DE TAIS ATIVIDADES. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DE PARTES CONTRATANTES. INEXISTÊNCIA. 1. Agravo retido, interposto de decisão em que se determinou desentranhamento de peças, não provido. 2. Estabelece a Constituição, art. 21, XII, b, que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão "os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos". Por sua vez, prevê o art. 175 que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". 3. Não se distinguem operações, desde a produção até o fornecimento a consumidor final de energia elétrica, de modo que todas as etapas de exploração - produção, comercialização, transmissão e distribuição - são de competência privativa da União. 4. Não obstante isso, normas infraconstitucionais prevêem tratamento da produção e da comercialização de energia elétrica como atividade econômica "stricto sensu", ou seja, em regime de livre mercado. [...] 7. A autora, ora apelante, negociou energia elétrica no mercado livre, por meio de contratos privados, classificados, ao que parece, no art. 458 do Código Civil. A ANEEL é terceiro em relação a esses contratos. A questão contratual terá que ser resolvida entre as partes contratantes, no juízo competente. Ação com essa finalidade não terá a ANEEL (teria, se se estivesse tratando de serviço público e, logo, de autotutela) como litisconsorte necessário. Portanto, nem será da competência da Justiça Federal, competência esta que, absoluta, não se prorroga por simples conexão. [...]].” TRF-1 - AC: 200834000079760 DF 2008.34.00.007976-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 28/08/2013, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.126 de 09/09/2013.

[342] A caracterização dos contratos de comercialização de energia como essencialmente contratos de compra e venda, implica também na verificação das características imanentes à referida espécie contratual. Caio Mário da Silva Pereira indica as seguintes características para os contratos de compra e venda: “Na sua caracterização jurídica, dizem os civilistas (Tito Fulgêncio, Espínola, Carvalho de Mendonça, Sebastião de Sousa, Cunha Gonçalves, Colin et Capitant) que este contrato é: a) bilateral, porque cria obrigações para o vendedor e para o comprador; b) oneroso, porque ambas as partes dele extraem proveitos e vantagens; c) normalmente comutativo, em razão da determinação das prestações e sua apreciável equivalência, apesar de não ser contrária aos princípios a compra e venda aleatória; d) consensual, porque se forma, comumente, pelo só acordo de vontades, embora em certos casos seja solene; e) translativo da propriedade, não no sentido de operar a sua transferência, mas de ser o ato causal desta, gerador de uma *obligatio dandi*, e fundamento da transcrição ou da tradição." PEREIRA, Caio Mário da Silva*. Instituições de direito civil.* 10. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3, p. 105.

parágrafo 3º, da Lei n.º 10.848/2004 indicam, expressamente, que tais operações são de compra e venda.[343] Tais contratos de compra e venda de energia elétrica admitem, ainda, tipificações específicas em relação às suas diversas espécies, de acordo com a estrutura normativa vigente, como: contratos de comercialização em ambiente regulado; contratos de comercialização em ambiente livre; contratos de energia de reserva; contratos de quotas-parte de Itaipu; contratos de compra e venda energia incentivada; contratos PROINFA; contratos de geração distribuída[344]; dentre outros.[345]

Uma vez compreendida como conteúdo e forma de contrato especial de compra e venda, vê-se que a comercialização de eletricidade possui todos os elementos essenciais de tal tipo contratual. Os contratos de compra e venda são

---

A maior parte das características indicadas por Caio Mário da Silva Pereira não apresenta grandes complexidades quando aplicadas à comercialização de energia. A onerosidade da compra e venda de eletricidade é evidente, uma vez que ambas as partes auferem vantagens e possuem ônus com a operação econômica, havendo correlação nas prestações, não sendo assim, obviamente, um contrato gratuito. De forma geral, consistem em contratos comutativos, uma vez que há certeza quanto às prestações, e equivalência subjetiva na relação entre vantagem e sacrifício. Ainda, o consentimento é suficiente para a perfectibilização do contrato, não havendo solenidade específica. A bilateralidade da relação contratual, por envolver complexidades específicas, será analisada em capítulo próprio.

[343] Lei n.º 9.648/1998 - "Art. 9º. Para todos os efeitos legais, a compra e venda de energia elétrica entre concessionários ou autorizados, deve ser contratada separadamente do acesso e uso dos sistemas de transmissão e distribuição. [...]

Art. 10. "Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição:"

Lei n.º 10.848/2004 "Art. 1º, §3º - A contratação livre dar-se-á nos termos do art. 10 da Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei."

[344] Embora consistam em contratos de geração distribuída, os contratos de micro e minigeração de energia não constituem contratos de compra e venda, mas sim, contratos de permuta de energia entre o gerador e a distribuidora, nos termos da Resolução ANEEL n.º 482/2012.

[345] Os recentes contratos de comercialização varejista, implementados por meio da Resolução ANEEL n.º 570/2013, apesar da nomenclatura, não consistem em contratos de compra e venda de energia. Tais contratos, nos termos do parágrafo 1º do art. 1º, da mencionada resolução, caracterizam-se "pela representação, por agentes da CCEE habilitados, de entidades a quem é facultado não aderir à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE". Assim, são, em verdade, contratos de representação, na forma do art. 115 e seguintes do Código Civil, com enfoque específico na comercialização de eletricidade. Ressalte-se que mesmo antes da entrada em vigor da Resolução ANEEL n.º 570/2013 já era possível a representação no âmbito da CCEE, e a referida resolução veio apenas a regulamentar a matéria. A possibilidade de representação visa facilitar a atuação de agentes compradores e vendedores de menor porte, que possuem registro facultativo na CCEE, reduzindo a estes os custos para ingresso no mercado de comercialização de eletricidade.

talvez aqueles com presença mais comum na vida cotidiana, ante sua relevância na facilitação do processo de circulação de bens na sociedade capitalista, sendo provavelmente o principal meio de transmissão e aquisição de propriedade em tal contexto social. Orlando Gomes os conceitua da seguinte forma: “Compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente.”[346]

A compra e venda possui historicamente três elementos essenciais, quais sejam: coisa, preço e consentimento (na formulação clássica *res, pretium et consensus*). Os dois primeiros elementos constituem o objeto do contrato e devem ser determináveis no momento da formação do consentimento. A ausência de quaisquer destes componentes implica na impossibilidade de existência da compra venda. Nos contratos comercialização de energia elétrica estes elementos possuem características específicas, sendo necessária a análise de cada um deles para ser possível a correta compreensão do referido fenômeno contratual.

3.1.1 Elementos essenciais da comercialização de energia elétrica como contrato de compra e venda: coisa

O primeiro dos elementos expostos consiste na coisa, objeto mediato do contrato, que neste estudo, conforme visto na primeira parte, trata-se de energia elétrica com valor econômico, classificada como bem móvel pela legislação brasileira. A eletricidade comercializada consistirá em coisa certa, porém, genérica, uma vez que é possível apenas determinar suas quantidades. Assim, o contrato deverá especificar as quantidades de energia negociadas durante determinados intervalos de tempo através de sua determinação em megawatts/hora (MW/h). Nos contratos de comercialização de energia incentivada também deverá estar especificada a fonte utilizada.

A quantidade de energia a ser vendida estará limitada pelo lastro do agente vendedor. Tal lastro é composto pela garantia física de empreendimentos de

[346] GOMES, Orlando. *Contratos.* 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 265.

geração própria do agente ou de terceiros, neste último caso, adquirida por contratos de compra de energia. Nesse sentido, caso ocorram atrasos no início da operação das unidades de geração do agente vendedor, impossibilitando o cumprimento das obrigações por ele assumidas, este deverá celebrar contratos de compra com terceiros a fim de garantir o lastro suficiente, sem prejuízo das penalidades aplicáveis, na forma do art. 5º, do Decreto n.º 5.163/2004.

Tendo em vista a variação na produção e no consumo de energia no tempo, as quantidades de energia vendidas deverão sofrer processo de sazonalização e modulação de acordo com o tipo de contrato, a fim de adequá-las no período de duração deste. A sazonalização consiste na distribuição do volume de energia contratada ou assegurada em montantes mensais. Por sua vez, a modulação consistirá na divisão dos montantes de energia sazonalizados em quantidades por hora, de acordo com os diferentes patamares de carga. De forma geral, caso a energia não esteja sazonalizada e modulada nos contratos, esta sofrerá a sazonalização e modulação de forma igual pela CCEE, denominadas comumente de *flat*.[347] No entanto, é necessário frisar que a forma de modulação e sazonalização irá variar segundo as diferentes modalidades contratuais de comercialização de eletricidade, que serão posteriormente analisadas em maiores detalhes.

A partir da inviabilidade do armazenamento de eletricidade em larga escala, a energia vendida e adquirida no negócio jurídico em análise é, via de regra, coisa futura.[348] Em tal sentido, os contratos de comercialização de energia elétrica possuem um certo grau de aleatoriedade. Paula Greco Bandeira, ao estudar com maior profundidade os contratos aleatórios, com base na literatura jurídica italiana e brasileira, considera que a qualificação de qualquer negócio como aleatório no direito brasileiro dependerá da identificação de sua causa, de modo a distingui-lo

---

[347] CCEE. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, [2012]. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013. O anglicismo aqui se justifica devido à sua difusão de sua utilização na prática do mercado e por esta ser a terminologia utilizada nas Regras e Procedimentos de comercialização de energia da CCEE.

[348] “Por ser a compra e venda um contrato consensual, tanto se pode prometer a venda de coisa atual quanto de coisa que ainda não existe, desde que potencialmente existencial. Obriga-se a transferir a coisa após a existência do bem vendido, pois não se pode transferir o inexistente no mundo sensível. [...] A coisa futura pode ser específica ou genérica. Exemplos de coisas futuras genéricas são o produto que ainda está sendo fabricado em série pela indústria e a mercadoria adquirida a partir de um catálogo, com entrega posterior. O risco é totalmente do vendedor, pois o gênero nunca perece.” LÔBO, Paulo. *Contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219-220.

dos demais. Nesse sentido, a autora define da seguinte forma os contratos aleatórios:

> Com efeito, o intérprete, com vistas à qualificação de determinado contrato como aleatório, deverá perquirir quais os efeitos essenciais que, identificados no negócio concreto, definem o contrato como aleatório. Vale dizer, os interesses perseguidos pelas partes, no caso concreto, com a operação, deverão incluir o interesse de concluir negócio aleatório.
>
> Nesta direção, pode-se afirmar que a álea, compreendida como incerteza de ambos os contratantes, existente no momento da celebração do negócio, quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que dele decorrerá, a depender da verificação de evento incerto e incontrolável, embora previsto pelas partes, consubstancia o traço distintivo da causa dos contratos aleatórios. Dito diversamente, nos contratos aleatórios, as partes perseguem com o concreto negócio resultado final (em termos de atribuição patrimonial) incerto, cujo desfecho dependerá da ocorrência do evento estipulado.
>
> Não se exige que esse evento, que integra a causa dos contratos aleatórios, seja futuro, bastando que as partes dele não tenham conhecimento.[349]

Assim, o contrato aleatório dependerá da existência de incerteza no momento da celebração do negócio, para ambas as partes, em relação ao lucro ou prejuízo deste, em termos de atribuição patrimonial, devido a evento incerto e incontrolável, definida como álea.[350] Pode-se concluir, portanto, que à chance de lucro de uma das partes corresponde o risco de prejuízo da outra.

Os contratos aleatórios que possuem por objeto mediato coisa futura, disciplinados pelos artigos 458 a 459 do Código Civil, subdividem-se de acordo com o risco assumido. Na *emptio spei* (art. 458) é negociada a esperança de a coisa existir ou não no futuro como, por exemplo, na hipótese de uma colheita ser ou não dizimada por uma praga, e ainda assim ser devido o preço acordado. Na *emptio rei speratae*, o risco se dá em relação à quantidade e/ou à qualidade da coisa futura, utilizando-se como exemplo, nesse caso, a hipótese da safra vir a existir, porém em quantidades (maiores ou menores) ou qualidades (melhores ou piores) que as

---

[349] BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 43-44.

[350] Sobre a bilateralidade da álea, Paula Greco Bandeira afirma: “[Ao] se admitir que a causa dos contratos aleatórios compreende o elemento álea, caracterizado pela incerteza *ab initio* de lucro ou prejuízo (em termos de atribuição patrimonial) recíproco, que atinge a esfera jurídica de ambos os contratantes, e cujo resultado final dependerá da verificação do evento incerto, há de se concluir pela imprescindibilidade da álea bilateral. A incerteza das partes, no momento da celebração do negócio, acerca do resultado final denota que a álea recai necessariamente sobre a situação jurídica de ambas. O mesmo acontecimento que traz acréscimo patrimonial para uma acarreta perda da outra.” *Ibidem*, p. 69-70.

esperadas.[351]

No caso da produção de energia, estão presentes diversos riscos em relação à sua produção futura, como o término ou não da construção do empreendimento de geração no prazo determinado, os riscos naturais relacionados à hidrologia, o preço e o fornecimento de combustíveis para usinas térmicas, a existência de biomassa suficiente em empreendimentos que a utilizam como combustível, o regime de ventos em usinas eólicas, a insolação em usinas fotovoltaicas, dentre diversos outros. Os riscos existentes na produção de energia (*exempli gratia* os riscos hidrológicos, no caso de usinas hidroelétricas) serão suportados pelo vendedor, que deverá adquirir energia no mercado para complementar seu lastro, na hipótese de se ver impossibilitado de gerar ou fornecer toda a energia por si vendida em seus contratos de comercialização.[352] Isso porque todo o sistema foi estruturado para a redução de tais riscos de fornecimento, para a garantia de sua segurança, ante a essencialidade do objeto de tais relações contratuais. Tanto é assim, que foram estruturados mecanismos para a repartição dos riscos dos agentes de geração, principalmente, aqueles que se utilizam de matrizes hidráulicas.[353] Desta feita, tendo em vista a necessidade de garantia da

---

[351] LÔBO, Paulo. *Contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

[352] Os compradores assumirão os riscos nos contratos de Comercialização de Energia Elétrica em Ambiente Regulado sob a modalidade de Disponibilidade.

[353] Os principais desses instrumentos de repartição de riscos na atividade de geração é o Mecanismo Realocação de Energia (MRE). Este foi instituído para a repartição de energia entre as usinas submetidas ao despacho centralizado, de forma a compartilharem os riscos decorrentes da otimização centralizada do sistema. PEREIRA JUNIOR, Amaro Olímpio. *Modelagem da operação ótima da indústria de energia elétrica no Brasil.* 76 p. Dissertação (Mestrado). COPPE-UFRJ, Rio de Janeiro, 2000, p. 10-11. A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica apresenta maiores detalhes sobre o MRE. “O Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) é um mecanismo financeiro que visa o compartilhamento dos riscos hidrológicos que afetam os Agentes de Geração, buscando garantir a otimização dos recursos hidrelétricos do Sistema Interligado Nacional. Este mecanismo abrange as usinas hidrelétricas sujeitas ao despacho centralizado. Opcionalmente, podem participar as Pequenas Centrais Hidrelétricas. O MRE busca permitir que todas as usinas participantes recebam seus níveis de Garantia Física independentemente de seus níveis reais de produção de energia, desde que a geração total do MRE não esteja abaixo do total da Garantia Física do Sistema. Em outras palavras, o MRE realoca contabilmente a energia, transferindo o excedente daqueles que geraram além de suas Garantia Físicas para aqueles que geraram abaixo. A necessidade de instituição do MRE se verifica principalmente pelas grandes dimensões territoriais do Brasil, em que existem diferenças hidrológicas significativas entre as regiões, gerando períodos secos e úmidos não coincidentes. Uma região em período de seca armazena água e, por consequência, gera abaixo da média, enquanto que uma região em período de chuva produz acima da média, resultando nas transferências de energia entre essas regiões. Outro fator que levou à concepção do MRE é a existência de várias usinas alocadas em cascata, em que o ótimo individual não necessariamente corresponde ao ótimo global do sistema. De forma a otimizar o uso da água realiza-se o despacho

segurança energética, o legislador estruturou o sistema de modo a impedir a especulação com a comercialização de energia elétrica, de forma a criar empecilhos à existência de um mercado de futuros.

Apresentadas as referidas ponderações a respeito da coisa transacionada nos contratos de compra e venda, parte-se agora para a análise do elemento preço na comercialização de eletricidade.

3.1.2 Elementos essenciais da comercialização de energia elétrica como contrato de compra e venda: preço

O segundo elemento a ser enfrentado nos contratos de compra e venda de energia elétrica é o preço, cujo processo de formação irá variar de acordo com a função estabelecida pelo legislador às diferentes modalidades contratuais.

Na compra e venda, o preço implica na quantia devida a título de contraprestação pelo comprador, devendo esta ser predominantemente paga em dinheiro ou por expressão fiduciária que o represente *(exempli gratia* como cheque, nota promissória, letra de câmbio etc.), sob pena de descaracterizar o tipo contratual.[354] Dois aspectos são essenciais para o preço: sua seriedade e certeza. O caráter sério e verdadeiro do preço implica que este efetivamente represente a contrapartida da coisa, sendo assim inviável a simulação e o preço vil. Assim, embora não se exija a equivalência valorativa do preço em relação à coisa, salvo na lesão, este não poderá ser também irrisório, sob pena de descaracterizar a compra e venda e transformá-la na verdade em doação simulada.[355]

---

centralizado, e não segundo a decisão dos proprietários de usinas." CCEE. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, [2012]. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[354] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3, p. 110.

[355] "O preço tem de ser sério, traduzindo a intenção efetiva e real de constituir uma contraprestação da obrigação do vendedor. Se for fictício, não há venda, porém doação dissimulada, aplicando-se o art. 167 do Código Civil, que determina a subsistência do negócio jurídico que se dissimulou, se válido na substância e na forma e não violar direito de terceiro. Se for irrisório, venda também não há, porque um contrato em que se presencia o contraste aberrante entre valor da coisa e o preço nega-se a si mesmo. Mas não se requer seja ele justo. O problema do justo preço, que ocupou ativamente os juristas medievais, não atormenta os modernos, convencidos de que não há estimativa precisa e rigorosa para cada coisa. Salvo nos casos em que o atentado à comutatividade é

Na forma dos artigos 485 a 487 do Código Civil, o processo de determinação do preço poderá resultar de diversos modos. A primeira consiste na livre estipulação pelas partes, que de comum acordo, a partir da negociação realizada, irão definir um preço que figure como contraprestação adequada ao objeto do contrato. Com fulcro no art. 485 do Código Civil, as partes podem ainda designar um terceiro para arbitrar o preço. Caso este não aceite a incumbência e as partes não promovam sua substituição, ficará sem efeito o contrato. Por sua vez, o art. 486 estabelece a possibilidade de fixação do preço a partir da cotação estabelecida por taxa de mercado ou bolsa, em determinado dia e lugar. Finalmente, é também possível determinação do preço com base em diferentes índices ou parâmetros objetivos, consoante o determinado pelo art. 487 da Codificação. Caso as partes não convencionem o preço ou a sua forma de fixação, a lei prescreve regra supletiva na qual o preço constituirá aquele que for corrente às vendas habituais do vendedor (cf. art. 488, do Código Civil).

Conforme expõe Paulo Lobo, a determinação do preço não é inteiramente livre às partes, tendo em vista a redução do espaço da autonomia privada, ante a possibilidade de limitação ou fixação deste pelo Poder Público, a fim de garantir a efetivação dos princípios consagrados pela Constituição.[356] Dessa forma, o processo de determinação do preço irá variar de acordo com o grau de funcionalização do contrato a objetivos que transcendem o interesse dos contratantes, no qual o grau de intervenção estatal irá variar de acordo com os interesses coletivos a serem protegidos.

No setor de eletricidade, tal processo se mostra nítido, tendo em vista as diferentes possibilidades de determinação do preço dos contratos de comercialização de eletricidade. Estes irão variar de acordo com a função que lhes é atribuída pelo legislador, na qual o preço atenderá a finalidades distintas.

Nos contratos do Ambiente de Contratação Regulada, que destina sua energia para o fornecimento dos consumidores cativos, o principal elemento levado

---

punido especialmente (rescisão por lesão subjetiva, nos termos do art. 157 do Código Civil), não se pode negar efeito ao contrato, ainda que falte perfeita co-respectividade entre um e outro. No trato corrente dos negócios insere-se às vezes no contrato de compra e venda cláusula que faz referência à venda pelo justo preço. A doutrina manda entendê-la como alusão ao preço normal ou, se for o caso, preço corrente no mercado ou na Bolsa." *Ibidem, loc. cit.*

[356] LÔBO, Paulo. *Contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 224.

em conta na formação do preço consiste na modicidade tarifária. Dessa maneira, o preço da energia contratada pelas distribuidoras, que será a principal variável na formação da tarifa cobrada dos consumidores finais, deverá ser o mais reduzido possível. Desta forma, o legislador estabeleceu que a formação do preço da energia adquirida decorrerá de leilões públicos reversos em que os distribuidores comprarão toda a energia necessária para suas necessidades de fornecimento de maneira conjunta, sob a forma de um *pool*. Os agentes vendedores disputarão pelo menor preço de venda quem fornecerá tal energia.[357]

No Ambiente de Contratação Livre, o enfoque principal é a estruturação de um mercado de livre concorrência, na medida do possível. Desta forma, o preço decorrerá da autonomia da vontade dos contratantes, com menor ingerência do Estado. Portanto, o processo de formação do preço advém das condições de livre mercado, a partir da concorrência entre agentes vendedores e compradores pelas melhores condições contratuais.

Finalmente, o preço no mercado de diferenças atenderá principalmente a função de garantia da segurança energética do sistema como um todo ao menor custo, sob as premissas da máxima utilização possível da energia hidráulica existente e a possibilidade de sua utilização futura. Nesse sentido, o Preço de Liquidação de Diferenças (PLD), divulgado semanalmente pela CCEE, é utilizado para valorar as operações de comercialização de energia no mercado de curto prazo (*spot*). O processo de estipulação do preço da energia comprada e vendida no mercado *spot* tem por base os dados para a otimização da operação do SIN, calculados pelo ONS. Para tanto, são utilizados modelos matemáticos que levam em conta as peculiaridades do sistema hidrotérmico brasileiro, a fim de encontrar o equilíbrio ótimo entre o benefício presente do uso da água e o benefício futuro de

---

[357] Caio Mário da Silva Pereira, ao enfrentar o problema da certeza do preço nos contratos de comercialização de energia, aponta o leilão como uma das possibilidades de formação deste. “Situação análoga é a do leilão, em que o maior lanço parece indicar que o preço é deixado ao comprador. Mas não há arbítrio deste, senão que se determina, como condição da oferta, que adquirente será aquele que mais alto oferecer. Na venda em leilão, é lícito estabelecer um mínimo, consignando-se que não haverá contrato perfeito se não for este alcançado". PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3, p. 112-113. Não obstante, cabe ressaltar que no Ambiente de Contratação Regulada, o leilão se dá na forma oposta da apresentada pelo autor. Ou seja, o vencedor será aquele que oferecer sua energia pelo menor preço, e não pelo maior. No mesmo sentido, não é estabelecido um valor mínimo da energia elétrica leiloada, mas sim, um patamar máximo a esta.

seu armazenamento, ante a possibilidade de utilização da energia mais cara advinda das usinas termelétricas.[358] O PLD é determinado semanalmente para cada patamar de carga com base no Custo Marginal de Operação (CMO), e sofrerá limitação de valores máximos[359] e mínimos[360] para cada período de apuração e para cada submercado, na forma regulamentada pelas Resoluções n.º 682/03 e n.º 377/03, da ANEEL.[361] Desta forma, verifica-se que o PLD, em observância às funções de garantia da segurança energética ao menor custo, consiste em preço vinculado a taxa de mercado, na forma do art. 486, do Código Civil.[362] Cumpre ainda frisar que a estipulação do preço, com base em taxa de mercado fundada em tais critérios objetivos, atende também às características de pluralidade de partes do mercado de curto prazo, que tornam inviável a negociação individual ou coletiva entre os diversos agentes.

Verifica-se assim que haverá maior intervenção estatal na dinâmica de formação do preço no ACR e no mercado de curto prazo, em razão da funcionalização das relações travadas em tais mercados que visam objetivos com maior abrangência social do que o interesse imediato dos contratantes. No ACL, a opção do legislador foi por um menor grau de intervenção nas relações contratuais, ainda assim, com o objetivo de garantir a existência de um regime de livre mercado.

Uma vez apresentada a dinâmica de formação do preço nas diferentes modalidades de contratos de comercialização de eletricidade, no próximo tópico serão expostos alguns apontamentos em relação ao consenso em tais relações

---

[358] CCEE. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, [2012]. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[359] “Maior valor do PLD permitido pela ANEEL. É definido como sendo o menor valor entre o preço estrutural da termelétrica mais cara no PMO - Programa Mensal de Operação - de janeiro do ano corrente e o preço limite do ano anterior corrigido pelo IGP-DI acumulado entre novembro de um ano e novembro do ano consecutivo.” *Ibidem, loc. cit.*

[360] “Menor valor do PLD permitido pela ANEEL. É atualizado anualmente, na primeira semana operativa do mês de janeiro, pelo custo variável da usina de Itaipu Binacional, valorado pela média geométrica da taxa de câmbio do dólar americano do ano anterior.” *Ibidem, loc. cit.*

[361] *Ibidem, loc. cit.*

[362] “Taxa de mercado ou de bolsa significa o valor alcançado em determinada ocasião por um bem ou produto ou por um título, em virtude de decisões ou especulações de investidores, que os vendem ou compram. Resulta em ser o preço estabelecido pelo próprio valor que se registrou ou é corrente no mercado, no dia previsto no contrato. O fluxo variável de ofertas e aquisições públicas nesses mercados abertos, em que se incluem as bolsas, fixa o preço do bem ou título a cada dia e, às vezes, a cada hora do mesmo dia. As taxas de mercado são de domínio público, frequentemente divulgadas pela imprensa, para conhecimento geral.”

contratuais.

3.1.3 Elementos essenciais da comercialização de energia elétrica como contrato de compra e venda: consenso

O elemento final do contrato de compra e venda é a sua formação por meio do consenso das partes.

Orlando Gomes aponta que ao se enfatizar o consenso, ainda que este seja evidente, busca-se acentuar a natureza essencialmente consensual do contrato de compra e venda, já que a tradição da coisa é desnecessária à perfectibilização do negócio como regra geral.[363] Dessa maneira, o simples consentimento será suficiente para a formação do contrato e para a criação de obrigações entre vendedor e comprador. No âmbito da comercialização de energia elétrica não é necessária forma solene para o contrato, bastando, assim, tão somente o consentimento das partes.

No entanto, para ser considerado eficaz pela CCEE, estas devem levá-lo a registro em tal organismo e seguirem os procedimentos e regras de comercialização, aplicáveis para que este gere devidamente seus efeitos perante o mercado, conforme determina o art. 2º, incisos II e III, do Decreto n.º 5.163/2004. A necessidade de registro decorre da imposição da comprovação do atendimento das cargas dos consumidores e dos distribuidores, e da respectiva obrigatoriedade de lastro dos agentes vendedores. Sem o registro dos contratos não é possível a aferição do cumprimento de tais determinações e nem o processamento da contabilização e liquidação de diferenças no âmbito da CCEE.[364]

---

[363] "A compra e venda se forma obviamente pelo consentimento das partes, mas ao enfatizar o *consensus* como um dos elementos essenciais do contrato, quer-se acentuar a sua natureza simplesmente consensual, para deixar claro que a entrega da coisa vendida não é necessária à sua perfeição. Basta, com efeito, o simples consentimento, do qual surge, para o vendedor, a obrigação de entregar a coisa e, para o comprador, a de pagar o preço. As declarações de vontade não precisam ser simultâneas. Realizado o acordo, o contrato está formado. Impossível, desde então, o arrependimento. O que se segue é a execução pelo cumprimento das obrigações que origina." GOMES, Orlando. *Contratos.* 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 272-273.

[364] No Agravo de Instrumento n.° 0069785-98.2013.8.26. 0000 o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo considerou válido em sede cautelar o CCEAL firmado entre dois agentes, obrigando o registro deste na CCEE, devido ao comportamento concludente das partes, ainda que este não tenha sido posteriormente formalizado. TJSP. AI 0069785-98.2013.8.26.0000 . Rel. Des.

No ACL, há maior liberdade na formação do contrato pelo simples consentimento das partes, bastando estas definirem entre si os elementos essenciais do negócio e o registrarem perante a CCEE. A CCEE poderá, no entanto, solicitar às partes comprovação de existência e validade dos contratos, na forma do parágrafo 2º, do art. 7º, da Convenção de Comercialização. Por sua vez, no ACR, o consenso das partes se dará previamente, quando estas decidirem participar dos leilões de compra e venda de energia, e apresentarem suas propostas. Após o leilão, as contratações deverão ser formalizadas por meio de contratos bilaterais denominados "Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado", consoante o estabelecido no art. 2º, parágrafo 2º, da Lei n.º 10.848/2004.

Nas operações do mercado de curto prazo o consentimento das partes é limitado e se dá anteriormente à contratação em si. As partes exaram seu consentimento quando resolvem ingressar na CCEE e se submeterem às normas relativas à comercialização de energia, entre elas o processo de contabilização e liquidação de diferenças, bem como a realização de operações no mercado de curto prazo. Uma vez dentro da CCEE, as operações de compra e venda no mercado de diferenças se dão de maneira automática, independentemente de novas manifestações de vontade das partes. Tal medida tem por fulcro otimizar as relações no curto prazo, de forma a garantir a agilidade necessária para o processo de contabilização e liquidação de diferenças.

Destarte, verifica-se a existência de todos os elementos essenciais da compra e venda (coisa, preço e consenso) nos contratos de comercialização. No entanto, tais elementos assumem uma série particularidades nos contratos em questão, tendo em vista a complexidade inerente à operação econômica de base e as repercussões sociais do bem transacionado, que demandam regulação específica. Tais características e particularidades propiciam que tais contratos assumam, em termos gerais, a forma especial de compra e venda sobre documentos, conforme se expõe na sequência.

Francisco Casconi. 31ª Câmara de Direito Privado, julg. em 18/06/2013 , DJ 19/06/2013.

3.2 APROXIMAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA COMO MODALIDADE DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA SOBRE DOCUMENTOS

Com base no exposto nos tópicos anteriores, constata-se que ao tornar perfeita a compra e venda com a presença de todos os referidos elementos (coisa, preço e consenso), nascem do contrato obrigações recíprocas a todos os contratantes.

Nesse sentido, é importante salientar novamente que, em termos clássicos, a compra e venda gera no direito brasileiro apenas efeitos obrigacionais e não reais. Ao comprador surge a obrigação de pagar o preço no tempo e lugar estipulados e de receber a coisa. Em contrapartida, quanto ao vendedor surge a obrigação de entregar a coisa, de modo a transferir ao comprador sua posse e propriedade, com as qualidades e quantidades acordadas pelas partes. Desse modo, o adimplemento da obrigação principal do vendedor se dará com a efetiva transmissão do domínio ou da propriedade, que ocorre com a tradição no caso de bens móveis.

Conforme ressalta Orlando Gomes, deverá ser estabelecido quando, onde e a quem deve ser feita a coisa ser entregue. Caso não exista cláusula que estabeleça prazo para entrega, esta deverá ocorrer logo após a conclusão do contrato. Por sua vez, o local em que será cumprida a obrigação dependerá do estipulado em contrato. Em caso de omissão, o lugar será aquele em que a coisa se encontrar no momento da venda. Portanto, a coisa poderá ser entregue ao próprio comprador ou à pessoa que este designar.[365]

Na comercialização de energia elétrica persistem tais obrigações. Evidentemente, o agente comprador possui a obrigação de pagar o preço ajustado nos prazo acordados no contrato. Ao mesmo tempo, aos agentes vendedores surgirá a obrigação de entregar as quantidades de energia, de acordo com a sazonalização e modulação estipuladas no instrumento contratual ou, caso este não as preveja, distribuídas igualmente durante o prazo do contrato (sazonalização e modulação *flat*). O local de entrega da energia gerada será o centro de gravidade do submercado definido pelas partes.[366] Por fim, em relação a quem deverá ser

---

[365] GOMES, Orlando. *Contratos.* 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 279.

[366] "Por meio do rateio das perdas, garante-se que a geração efetiva total do sistema coincida com a carga efetiva total do sistema. O ponto virtual onde as perdas entre os pontos de

entregue a energia contratada, esta poderá ser ao próprio consumidor livre ou especial, ao distribuidor, ou gerador com lastro insuficiente, quando estes forem diretamente os adquirentes da energia, ou por pessoa a ser designada pelo agente comercializador, tendo em vista a atuação deste como mero intermediário no processo de comercialização. No entanto, deve ser novamente lembrado que a entrega da energia a determinado agente consiste em uma ficção jurídica, já que não necessariamente será o agente vendedor quem fisicamente gerará a energia entregue ao comprador.

A comercialização de energia elétrica, portanto, pode ser considerada como modalidade específica de compra e venda sobre documentos. A venda sobre (ou contra) documentos consiste em cláusula especial dos contratos de compra e venda, positivada pelo art. 529 e seguintes do Código Civil de 2002, aqui apresentado em sua íntegra:

> Art. 529 – Na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos.
>
> Parágrafo único. Achando-se a documentação em ordem, não pode o comprador recusar o pagamento, a pretexto de defeito de qualidade ou do estado da coisa vendida, salvo se o defeito já houver sido comprovado.

De acordo com o dispositivo legal em questão, na venda sobre documentos há a substituição da tradição da coisa pela entrega de título representativo, bem como por outros documentos exigidos pela lei, pelo contrato ou pelos usos. Tal modalidade de contrato de compra e venda é muito utilizada, por exemplo, na realização de operações mercantis que possuem por objeto produtos importados, nas quais o vendedor não os tem no momento da compra para levar a cabo a tradição.[367] Apenas coisas móveis poderão ser objeto da venda sobre documentos,

---

geração e de consumo se igualam é denominado Centro de Gravidade sendo que, nesse ponto, são consideradas todas as compras e vendas de energia na CCEE. A existência desse ponto virtual torna possível a comparação entre as medições realizadas em diferentes pontos reais do SIN.” CCEE. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, [2012]. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013. No caso dos Contratos de Comercialização em Ambiente Regulado, na modalidade por quantidade de energia elétrica, o local de entrega será o centro de gravidade do agente vendedor, conforme estabelece o art. 28, §1º, I, do Decreto n.º 5.163/2004.

[367] FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Anotações quanto à compra e venda: análise dos dispositivos da nova codificação privada. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito contratual:* temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p. 591.

devido às características intrínsecas de tal modalidade contratual. Nesse sentido, Paulo Lôbo assim apresenta a compra e venda sobre documentos:

> A venda sobre (ou contra) documentos, por sua natureza, apenas pode ter por objeto coisas móveis. A obrigatoriedade da tradição da coisa é satisfeita com a entrega ao comprador de documento representativo, para que seja exigível o pagamento do preço. O vendedor se libera da obrigação de entregar a coisa remetendo ou entregando ao comprador o título representativo da coisa. Depende de ajuste expresso entre as partes, pois resulta de usos admitidos entre elas e da confiança na efetiva entrega da coisa, que se encontra em transporte ou será transportada em data definida. Pode ocorrer, inclusive, que a entrega da coisa não venha a ser feita, fisicamente, sendo-lhe suficiente que esteja à sua disposição, a exemplo da mercadoria que está depositada em armazém. Neste caso, o vendedor entrega ao comprador o título - *warrant* - que permite o acesso ao armazém, e com base no qual a mercadoria pode ser levantada. Situação assemelhada é o da mercadoria em viagem, ou dependente de liberação da alfândega, em que é entregue o documento que permite ao comprador receber a mercadoria do transportador ou levantá-la na alfândega.[368]

Verifica-se, então, que nessa modalidade especial de compra e venda ocorre a substituição da tradição real por uma tradição ficta, restando satisfeita a obrigação não pela entrega efetiva do produto, mas sim, pela entrega da documentação representativa da mercadoria que permitirá ao comprador receber o produto. Isso implica na alteração dos princípios relativos à tradição da coisa objeto da compra e venda. Com a entrega da documentação, caso esta esteja adequada para o efetivo recebimento posterior da coisa pelo comprador, restará presumida satisfeita a obrigação e desincumbido o vendedor de seu dever contratual principal.

Estando assim perfeita a venda, deverá o comprador efetuar o pagamento na data e lugar de entrega dos documentos, salvo estipulação contratual em contrário, na forma do art. 530, do Código Civil.[369] No entanto, o lugar de entrega da coisa poderá continuar sendo o local onde ela se encontra. Quanto à data do pagamento, se o contrato for omisso em relação ao vencimento, a entrega do documento servirá como interpelação para pagamento imediato.

Caso a documentação inclua contrato de seguro contra os riscos de transporte da mercadoria, os riscos de transporte se dão por conta do comprador, a não ser que o vendedor tenha ciência da perda ou avaria da coisa no momento de conclusão do contrato, conforme determina o art. 531, do Código Civil. Na hipótese,

---

[368] LÔBO, Paulo. *Contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267-268.

[369] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 12. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3, p. 223-225.

contudo, de não haver contrato de seguro, os riscos continuam correndo por conta do vendedor até a efetiva entrega da coisa, mesmo que esta ocorra após o pagamento do preço.[370]

Tal modalidade de compra e venda, ainda que não tenha sido originalmente pensada para a comercialização de energia elétrica, é adequada à sistemática de comercialização introduzida pelas reformas setoriais implementadas a partir da década de 1990. A relação bilateral estabelecida entre agente vendedor e agente comprador não pressupõe que efetivamente será aquele quem fisicamente irá gerar a energia adquirida pelo segundo. O parágrafo primeiro, do art. 7.º, da Resolução ANEEL n.º 109/2004 estabelece expressamente tal característica dos contratos de comercialização de energia registrados na CCEE:

> Art. 7.º - Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica e respectivas alterações deverão ser registrados na CCEE, independentemente da data de início de suprimento, inclusive para fins de Contabilização e Liquidação Financeira, segundo as condições e prazos previstos em Procedimentos de Comercialização específicos, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL.
>
> § 1° Os contratos registrados na CCEE não implicam, necessariamente, compromisso de entrega física de energia elétrica por parte dos agentes vendedores, podendo a energia ser entregue por outro agente da CCEE, ressalvando-se, para todos os efeitos, que a responsabilidade contratual pela entrega da energia continua sendo do agente vendedor referido no contrato.
>
> § 2º. A CCEE poderá exigir a comprovação da existência e validade dos contratos de que trata o *caput*.

Ou seja, conforme já exposto, os contratos de comercialização de energia elétrica não acarretam em compromissos da entrega física da energia pelo agente vendedor, uma vez que esta poderá ser entregue por outros agentes registrados na CCEE. Tal peculiaridade decorre das características físicas da energia elétrica e do mecanismo de despacho centralizado no sistema interligado brasileiro. Não obstante, mesmo que não seja ele quem necessariamente irá fornecer fisicamente a energia entregue ao comprador, o agente vendedor possui responsabilidade pela entrega desta no âmbito do contrato em questão.

Constata-se, assim, que a figura dos contratos de venda por documento pode consistir em instrumento adequado para a explicação de tal fenômeno. No

---

[370] LÔBO, Paulo. *Contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 269.

âmbito da relação bilateral entre agente vendedor e agente comprador, o contrato resulta como ferramenta para a determinação prévia do cumprimento da obrigatoriedade de garantia de suprimento e das limitações de lastro, garantindo dessa maneira a viabilidade do planejamento da operação do sistema interligado. A mencionada figura contratual permite definir a quem e em quais quantidades, o agente vendedor comprometeu a sua garantia física e o seu lastro. Por sua vez, quanto ao agente comprador, possibilita que este identifique e comprove a origem da energia necessária para a sua garantia de suprimento. Tudo isso, obviamente, definindo-se entre as partes o valor de troca de tal operação econômica.

Desta feita, a existência de um contrato de comercialização válido enseja a possibilidade de retirada da energia necessária do sistema para o exercício das atividades econômicas do agente comprador. Isso ocorrerá ainda que o vendedor não tenha fisicamente gerado de maneira integral a energia comprometida naquele contrato. Deste modo, no plano jurídico, é suficiente o documento representativo de tal relação contratual para estar garantido o direito de utilização da energia do sistema, sem a aplicação de penalidades ao comprador. Veja que esse caso é muito semelhante ao exemplo utilizado por Paulo Lôbo quanto ao *warrant*, que permite ao comprador acesso ao armazém em que a mercadoria está armazenada. Imagine-se que a mercadoria em questão consista em toneladas de soja de mesma qualidade, armazenadas em um silo que é de propriedade cooperativa de mais de um produtor, em que os cooperados ajustam entre si no final de todo mês os montantes armazenados e vendidos. Os produtores não poderão vender individualmente mais do que a quantidade de soja que depositaram naquele silo, a não ser que a adquiram de outros. Para os compradores, bastará levar ao silo o contrato de compra e venda para conseguir o seu carregamento, pouco importando se a soja adquirida esteja sendo transportada e não tenha sido ainda efetivamente entregue pelo produtor, ou que esta tenha sido já carregada por outro comprador de um terceiro produtor.

Por conseguinte, no plano físico, embora o agente vendedor responda pelo inadimplemento do referido contrato perante o comprador, a sua responsabilidade principal se dará frente à relação plurilateral estabelecida com o mercado como um todo. Isso porque o agente comprador terá fisicamente gerada a energia por si

consumida, independentemente da geração integral desta pelo vendedor. Caso o vendedor não consiga fisicamente gerar a integralidade da energia por ele vendida, este não irá ter que responder perante o comprador de maneira imediata, mas sim, deverá adquiri-la do mercado ou de outros agentes, sendo-lhe ainda aplicadas as penalidades cabíveis pela CCEE.

O aspecto de maior relevância aqui é que, diante da impossibilidade da realização da tradição real da energia elétrica no sistema interligado brasileiro, devido às suas características físicas e de operação, a solução encontrada pelo legislador foi a do estabelecimento de uma tradição ficta, a partir dos contratos de comercialização entabulados pelos agentes de mercado. Ou seja, tem-se uma figura contratual muito próxima aos contratos de compra e venda por documentos regulados pelo Código Civil.

Desta forma, conforme exposto, conclui-se que, de forma geral, o vínculo estabelecido entre vendedor e comprador de energia elétrica decorre de um contrato de compra e venda, com cláusula especial de venda por documento, que deverá atender a todas as particularidades expostas anteriormente. Uma vez apresentados os referidos elementos gerais da compra e venda de energia elétrica diante da sua estrutura típica, devem ser ainda analisados os seus aspectos dinâmicos de forma a melhor compreender as tensões internas do fenômeno ora estudado.

4 ESTRUTURA DA DINÂMICA DE TENSÕES DA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E A CONFORMAÇÃO DE TEIAS DE RELAÇÕES JURÍDICAS INTERDEPENDENTES

A caracterização dos contratos de comercialização em determinada estrutura típica, conforme a apresentada no tópico anterior, embora seja relevante para a correta compreensão do fenômeno contratual e de suas repercussões jurídicas, é insuficiente para apreender devidamente sua totalidade. Isso porque a mera análise da estrutura típica e seus elementos centrais representa tão somente uma visão estática do objeto analisado.

Esse caráter estático, ainda que relevante para a compreensão de suas repercussões jurídicas, é apenas um dos componentes do objeto de estudo que deve ser, em verdade, apreendido em seu todo. As tensões existentes na estrutura contratual aqui analisada não se encontram refletidas em tal fotografia, parada no tempo, que capta apenas a morfologia do que se estuda, mas que não indica para onde se caminha. Essas tensões apenas poderão ser observadas caso os aspectos dinâmicos da relação contratual ora estudada sejam analisados.

Verifica-se que, no tema em questão, pode se utilizar da lição de Clóvis do Couto e Silva, que ressalta a dinamicidade da relação obrigacional ao tratá-la como um processo polarizado pelo adimplemento. Entende que a relação jurídica obrigacional, compreendida em sua totalidade, é um sistema de processos. Adota, portanto, um tratamento teleológico para o fenômeno obrigacional, encaminhando-o para um fim determinado, o adimplemento, a satisfação dos interesses do credor. Isso só é possível ao se compreender o tratamento do vínculo obrigacional como uma ordem de cooperação, que vai além da mera soma dos elementos que a compõem. Desta forma, credor e devedor não ocupam mais necessariamente posições antagônicas, mas sim, encontram-se inseridos numa dinâmica colaborativa para a prática dos atos necessários, durante as diversas fases ou planos da relação (nascimento, desenvolvimento e adimplemento), a fim de que seja alcançada a finalidade do vínculo obrigacional.[371]

---

[371] SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como um processo.* São Paulo: FGV, 2006, p. 17-24.

É necessário prevenir que da relevante obra do autor se aproveitam os referidos aspectos centrais, como ponto de partida, para refletir sobre a dinamicidade da relação contratual de comercialização de energia elétrica.

Esse caráter dinâmico perpassa a necessidade compatibilização das tensões existentes na realização de operação econômica de base. Nesta estão inseridos os diversos agentes do mercado, num processo de permanente de competição e cooperação, polarizado pela finalidade de se obter a circulação de um bem que, por sua vez, possui, na própria natureza de sua significação para a sociedade, a tensão existente na sua essencialidade e seu custo social de produção. Tais tensões encontram-se ainda refletidas no conflito entre os interesses dos agentes de mercado, em auferirem lucros com a referida operação econômica, e o interesse do Estado, em garantir o fornecimento de tal bem ao menor custo possível para a sociedade. Desta forma, o tecido que compõe a representação jurídica do setor de eletricidade é formado por uma trama, cujos fios encontram-se permanentemente estirados e entrelaçados, que devem ser a todo o momento colocados em equilíbrio, sob pena de causar o rompimento de tal malha, o que geraria efeitos funestos para toda a sociedade.

Tais tensões encontram-se situadas na estrutura contratual do setor, aliadas à conformação regulatória deste, exposta na primeira parte do presente estudo. Em relação aos contratos, elas se verificam especificamente no relacionamento bilateral e plurilateral dos agentes de mercado e na conformação de redes contratuais ligadas à comercialização de energia, conforme se apresenta na sequência.

4.1 A QUESTÃO DA BILATERALIDADE E PLURILATERALIDADE DOS CONTRATOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

A análise das referidas tensões inicia-se pelo conflito interno entre os polos da relação contratual de comercialização de energia elétrica. Ou seja, pela bilateralidade da compra e venda, tendo em vista as particularidades da operação econômica envolvida.

A bilateralidade é característica ínsita aos contratos de compra e venda, implicando duas manifestações de vontade distintas que geram obrigações

recíprocas às partes: ao vendedor a obrigação de entregar a coisa; e ao comprador o pagamento do preço. Há, assim, bilateralidade tanto em relação às manifestações de vontade quanto às consequências por elas produzidas. Tal caráter bilateral resta, inclusive, ressaltado pela nomenclatura utilizada na tradição brasileira e portuguesa, enquanto outros sistemas jurídicos restringem a denominação a contratos de venda (*exempli gratia* França e Itália) ou contratos de compra (*exempli gratia* Alemanha e Reino Unido).[372] Desse modo, a compra e venda é exemplo de contrato bilateral perfeito, ao gerar obrigações recíprocas e interdependentes a ambas as partes, que tem por causa às do seu co-contratante, tornando-as simultaneamente credora e devedora uma da outra.[373]

A indicação da referida bilateralidade não possui importância meramente acadêmica ou didática, pois implica em consequências práticas ao longo da relação contratual, como, por exemplo, a questão da mora e da exceção de contrato não cumprido. Em relação à primeira, nenhuma das partes pode ser considerada em mora caso a contraparte não tenha cumprido com sua respectiva obrigação. No mesmo sentido se dá a exceção de contrato não cumprido, em que a parte pode não pode exigir o implemento da obrigação do outro caso, enquanto não houver cumprido com a sua.

Verifica-se, portanto, que os contratos de energia, a princípio, são bilaterais em relação aos contratantes, uma vez que o agente vendedor se obriga a gerar a quantidade de energia contratada pelo agente comprador. Entretanto, de acordo com as particularidades anteriormente mencionadas em relação ao sistema brasileiro, a compreensão da comercialização de energia como meramente bilateral é insuficiente. Isso porque a relação estabelecida entre os agentes em um sistema de transmissão interligado não pode ser isolada do resto do sistema, aliás, depende do resto do sistema, e assim gera obrigações recíprocas entre os contratantes, e entre estes e os demais agentes de mercado. Dessa maneira, os contratos de comercialização de energia precisam compatibilizar um caráter simultaneamente bilateral e plurilateral. Tal aspecto, ainda que paradoxal, reflete a natureza

---

[372] LÔBO, Paulo. *Contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 212.

[373] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 10. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3, p. 38-39.

ambivalente e ambulatória do pacto em tela.

Os contratos plurilaterais são aqueles em que há manifestações de vontade de duas ou mais partes, com diferentes centros de interesse, em uma única estrutura contratual complexa, restando todas estas com obrigações que podem ser uniformes ou distintas.[374] Os efeitos de tal relação são diferentes de um contrato bilateral. O exemplo mais utilizado no direito brasileiro se dá em matéria societária, em que diversas partes estabelecem entre si obrigações comuns com o intuito de constituição de uma pessoa jurídica empresária.

Dentre os elementos que qualificam um contrato plurilateral, Ricardo Lorenzetti destaca a existência de diferentes tipos possíveis de pluralidade.[375] A primeira se refere à pluralidade ocasional, quando há a existência prévia de uma relação bilateral, e uma ou mais partes se inserem posteriormente na relação contratual, mas sem influírem em seus efeitos, mantendo-se as obrigações recíprocas, e sendo possível a solução de todos os problemas com a aplicação das regras dos atos jurídicos bilaterais. É possível mencionar como exemplo de tal modalidade, a incapacidade superveniente de determinada parte, que passa a demandar a intervenção de um terceiro curador, restando mantida a obrigação originária. Em tal caso, não há verdadeiramente um contrato plurilateral, uma vez que um dos polos da relação é apenas representado por um terceiro agente. Em segundo lugar, há a pluralidade estrutural, na qual a relação jurídica contratual necessita de três ou mais partes, não sendo possível funcionar sem alguma destas. Na referida modalidade as partes assumem posições jurídicas distintas, com diferentes ações, não havendo uma função comum. É exemplo desta modalidade a relação entre credor, devedor e terceiro beneficiário. É possível afirmar, portanto, a pluralidade funcional, em que também é necessária a presença de três ou mais

---

[374] “Cabe indicar, ainda, a figura dos contratos plurilaterais, que são aqueles em que entram mais de duas partes, resultando todas obrigadas. Não se confundem com aqueles em que há simplesmente pluralidade de pessoas, já que, para nós, parte do negócio jurídico tem sentido direcional (v. nº 85, supra, v. I). A pluralidade de partes, como centros autônomos, ocorre nos casos (como na constituição de uma sociedade) em que vários contratantes emitem suas vontades, cada uma representando seus próprios interesses. O contrato plurilateral produz efeitos que se podem diversificar em relação a cada parte, podendo ser gratuito para uma, oneroso para outra etc.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 10. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3, p. 39.

[375] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos* – parte general. Bueno Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 213-215.

partes, mas na qual as partes assumem a mesma posição jurídica, havendo juridicamente apenas uma ação típica. Em tal caso há uma função comum decorrente da comunhão de fins perseguidos pelas partes. O exemplo característico deste tipo de pluralidade é o dos já mencionados contratos societários.

Em relação à causa contratual dos contratos plurilaterais, o autor argentino apresenta dois diferentes grupos.[376] O primeiro se refere aos contratos plurilaterais com causa associativa, em que existe um interesse comum que se dá por meio da cooperação e colaboração entre os contratantes e não por meio de contraprestações. Tais contratos subdividem-se, ainda, em contratos associativos societários e não societários, em que há uma finalidade comum, mas cuja nota diferenciadora é a formação ou não de uma pessoa jurídica distinta da dos contratantes.[377] De outro lado, estão situados os contratos plurilaterais com causa de troca, nos quais, ao não existir uma função comum, não ocorre os efeitos típicos desta. Estes contratos apresentam particularidades inerentes à pluralidade estrutural.

O aspecto final, e o mais relevante, em relação aos contratos plurilaterais, refere-se aos efeitos destes. Lorenzetti aponta que não há obrigações correlatas como nos contratos bilaterais, uma vez que as partes adquirem direitos e obrigações frente a todos os componentes da relação contratual. Não se exige a equivalência e correspondência entre tais prestações, como ocorre nos contratos comutativos, não sendo assim admissível, por exemplo, a exceção de contrato não cumprido. Isso porque as partes assumem posições jurídicas independentes em relação aos demais pactuantes. Por fim, dentre as funções mencionadas pelo autor, destaca-se

---

[376] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos* – parte general. Bueno Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 216.

[377] Antonio Junqueira de Azevedo, embora discorde da existência de verdadeira distinção entre os negócios jurídicos bilaterais e os plurilaterais, ao analisar em parecer o problema dos contratos de consórcio no setor de energia, com base na doutrina alemã, estabelece a distinção entre atos obrigacionais, de disposição, de autorização e estatutários. Segundo o posicionamento adotado pelo autor, os consórcios ainda que decorram de contratos bilaterais/plurilaterais, estariam situados entre os atos obrigacionais e não nos atos estatutários, uma vez que estes não constituem sociedade e não possuem personalidade jurídica, na forma do §1º, do art. 278, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/1976). AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio [...]. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, a. 94, v. 832, p. 115-137, fev.2005. Assim, traçando-se um paralelo de tal posicionamento com a distinção estabelecida quanto à causa contratual apresentada por Ricardo Luis Lorenzetti, os consórcios se constituiriam sob contratos plurilaterais de causa associativa não societária.

ainda o fato que os contratos plurilaterais são abertos de forma geral, admitindo o ingresso de novas partes.[378]

A partir do exposto, verifica-se um caráter dúplice nas partes componentes dos contratos de comercialização de energia, que determina a conjugação de dois planos vinculativos distintos, que se inter-relacionam e exercem entre si pressões mútuas. Em primeiro plano, há o vínculo bilateral estabelecido entre as partes, cuja fonte é o próprio contrato de comercialização. Tal contrato estabelece direitos e obrigações recíprocas entre agente vendedor e agente comprador, sendo aplicáveis os caracteres gerais dos contratos de compra e venda. Em um segundo plano, as partes estabelecem uma relação plurilateral com todos os agentes do mercado, para a realização das operações de curto prazo, necessárias à liquidação das diferenças no sistema interligado de transmissão.

O relacionamento bilateral se dá por intermédio da formação de contratos de compra e venda sobre documentos. Nestes, as partes bilateralmente transacionam posições que estabelecem aos agentes compradores a cobertura de seu suprimento (caso sejam consumidores e distribuidores) e de seu lastro (quando forem comercializadores ou geradores com garantia física inferior à energia por eles vendida), e em relação aos vendedores a venda da integralidade de sua energia limitada ao seu lastro.

No plano plurilateral dá-se a conjugação das posições bilaterais com as demais características fáticas do sistema, de modo a compatibilizar as expectativas criadas no plano anterior com o consumo e geração efetivamente verificados. O vínculo desse segundo plano decorre da relação contratual em si e do ingresso desses agentes na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Uma vez que tais diferenças são inerentes à comercialização de energia, a vinculação dos agentes ao mercado de curto prazo é obrigatória, tendo em vista a necessidade de se assegurar a segurança energética do sistema como um todo e de garantir que toda a eletricidade gerada seja devidamente arcada por quem a consumiu.

As normas que conformam a estrutura plurilateral do segundo plano da relação contratual de comercialização de eletricidade possuem caráter cogente e

---

[378] Em relação a todas as funções mencionadas: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos* – parte general. Bueno Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 215.

integram os contratos bilaterais firmados. Desta maneira, o contrato plurilateral estabelecido entre as partes e todos os agentes do mercado de curto prazo é de caráter estrutural, uma vez que esse tipo de vinculação é necessária para o funcionamento do mercado competitivo de energia elétrica e ao atendimento dos objetivos estabelecidos pelo modelo regulatório implementado pelo legislador, a partir da tensão inerente ao bem transacionado.

Deve ser ressaltado que, embora se reconheça a existência de um vínculo associativo societário das partes com a CCEE[379], tal vínculo não é preponderante no que se refere à causa contratual, uma vez que os agentes apenas ingressam nesta última com o intuito de poderem estabelecer relações contratuais de comercialização de energia. Sendo assim, a causa no plano plurilateral da comercialização de energia é a de troca, e não a associativa.

Destarte, a posição assumida pelos polos da relação obrigacional na comercialização de energia elétrica é complexa, com as partes apresentando simultaneamente posições bilaterais e plurilaterais, em vínculos obrigacionais distintos e suplementares. Portanto, a tensão interna desses contratos encontra-se nos atritos e complementações verificados entre os referidos planos, a partir da competição e cooperação exercida pelos diversos agentes do mercado.

Entretanto, ainda se faz necessária a compreensão do processo de coordenação e vinculação dos referidos planos contratuais, conforme se demonstrará a seguir.

---

[379] Por exemplo, a existência de um vínculo associativo com a CCEE foi reconhecido pelo TJSP no seguinte caso: "Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Admissão da recuperanda como membro de associação civil (CCEE). Impossibilidade. Contrariedade ao direito fundamental de liberdade de associação. Caso em que não pode prevalecer o princípio da preservação da fonte produtiva. Impossibilidade de transferência do risco da atividade da recuperanda, que resultou em sua atual situação de crise financeira, a terceiros. Exegese dos arts. 5º, XVII, XVIII, da CF; e art. 47 da Lei nº 11.101/2005. Pedido de expedição de certidão positiva de distribuição de recuperação judicial com efeitos de negativa. Impossibilidade em razão da ausência de prova quanto à capacidade da recuperanda de saldar os créditos ainda devidos. Decisão mantida. Agravo desprovido." TJSP. AI 0172797-65.2012.8.26.0000. Rel. Des. Pereira Calças. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julg. em 28/08/2012, DJ 29/08/2012. Tal entendimento foi o mesmo neste outro caso: TJSP. AI 0084329-28.2012.8.26.0000. Rel. Des. Pereira Calças. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julg. em 05/06/2012, DJ 06/06/2012.

4.2 A INSERÇÃO DOS CONTRATOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EM ESTRUTURAS SIMÉTRICAS E ANÁLOGAS A REDES CONTRATUAIS

Os contratos que permitem a realização da operação econômica de comercialização de energia estão necessariamente interligados, sendo impossível a explicação do funcionamento de tal sistema a partir da consideração de quaisquer deles analisados isoladamente. Isso porque, a operação econômica de comercialização de energia elétrica é mais ampla do que conteúdo abrangido por determinada modalidade de contratos atomisticamente considerada.

Ressalte-se que as diferentes espécies contratuais que permitem a compra e venda de energia elétrica não são apenas os contratos de comercialização *per se*. Existem ainda diversas outras modalidades de contrato que estabelecem diferentes vinculações necessárias para o funcionamento do sistema como um todo, como por exemplo: os diversos contratos de concessão de serviços públicos de geração, transmissão e distribuição; contrato de conexão; contratos de uso dos sistemas de transmissão e distribuição; contrato de prestação de serviços de transmissão; contratos de serviços ancilares (CSA); dentre outros.[380] Destarte, a matriz de contratos que une a indústria desagregada, aludida por Hunt e Shuttleworth, é formada por diversas espécies contratuais que se encontram integradas em uma estrutura sistêmica única.

Eduardo Katemi Kataoka aponta a insuficiência da teoria contratual tradicional em explicar a pluralidade de contratos necessária para abranger as operações econômicas da contemporaneidade. Nesse sentido, ressalta:

> As práticas dos atores do tráfego contratual mudaram radicalmente. De contratos isolados e relativamente enxutos em seu clausulado, passou-se a uma prática de vários contratos, todos se dirigindo à estruturação da mesma operação econômica de clausulado mais longo.
>
> [...]
>
> Parece, portanto, lícito dizer que o esquema doutrinário da tipicidade e atipicidade contratual não está apto a dar conta dos problemas relativos à coligação contratual. Essa classificação foi pensada para resolver as questões relativas a um contrato isoladamente, compreendido

---

[380] Essas outras espécies contratuais, ainda que relevantes para tornar a comercialização de eletricidade, não constituem objeto de análise do presente estudo. Assim, essas formas são aqui apenas mencionadas, a fim de exemplificar a complexidade da estrutura contratual, que constitui a fundação do sistema em sua integralidade.

> no seu atomismo obrigacional, e não inserido na complexidade econômica resultante da pluralidade contratual.[381]

Ou seja, considerando o conceito de Roppo, o atomismo obrigacional da civilística clássica se mostra insuficiente à construção de representações juridicamente formalizadas, que sejam suficientes para albergar a complexidade das operações de transferência de riqueza contemporâneas. Desta forma, mostra-se usual a utilização de pluralidades de contratos para a concretização de uma mesma operação econômica. Esta pluralidade tem recebido diversas nomenclaturas pela literatura jurídica, como: contratos conexos; contratos coligados; coligação negocial; grupos de contratos; redes contratuais; dentre outros.

A expressão contratos conexos é utilizada por Carlos Nelson Konder como gênero para designar o grupo de contratos “que para além de sua função individual específica, apresentam juntos uma função ulterior”. De acordo com o autor, esse gênero comporta duas diferentes espécies, sendo elas: os contratos coligados, que consistem em “contratos conexos cujas vicissitudes de um, como a invalidade ou ineficácia por causa superveniente, afetam o outro”, embora possam comportar diversidade de partes, os contratos coligados, em geral são compostos pelas mesmas partes segundo o autor; inspirados pela doutrina francesa, os grupos de contratos são aqueles “com partes diversas que impõem o regime da responsabilidade contratual para as ações entre os co-contratantes”, de forma geral estes são mais restritos, por exigir certa homologia entre os contratos.[382]

Tal conceito é criticado por Francisco de Paulo De Crecenzo Marino, que considera pouco operacional a noção de “função ulterior”. Cumpre mencionar, ainda, que haveria inconsistência na inclusão dos grupos de contratos como espécie do gênero contratos conexos, uma vez que a doutrina francesa indica diversas hipóteses de tais modalidades de contratos em que inexiste a referida “função ulterior”. Prefere Marino a nomenclatura "contratos coligados", que conceitua como os “contratos que, por força de disposição legal da natureza acessória de um deles

[381] KATAOKA, Eduardo Katemi. *A coligação contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55-59.

[382] KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 189; 278.

ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca." O autor indica a existência de dois elementos essenciais para os contratos coligados: a pluralidade de contratos e o vínculo de dependência unilateral ou recíproca. O primeiro distinguiria o contrato coligado de outras modalidades contratuais semelhantes, mas que há apenas um único vínculo contratual, como os contratos complexos, mistos e plurilaterais. O segundo, por sua vez, distingue os contratos coligados das pluralidades de contratos independentes, ao possuir um vínculo contratual com aptidão de produzir efeitos jurídicos específicos.[383] A coligação decorreria de força de lei ou da existência de deveres laterais de conduta atinentes à boa-fé objetiva.

Outra nomenclatura possível é a de redes contratuais, utilizada por Ricardo Lorenzetti. Segundo essa teoria, as redes contratuais surgem da união de vários contratos em torno de uma mesma operação econômica. Tais contratos, embora possuam tipicidade, causa e objetos próprios, somente possuem razão de ser caso estejam unidos em sistema comum que lhes dê sentido único.[384]

Rodrigo Xavier Leonardo, embora se utilize da nomenclatura de Lorenzetti, ressalta a existência de caracteres comuns às denominações adotadas pela literatura:

> No pensamento exposto dos autores supracitados - apesar da atribuição da diversidade de enfoques para um fenômeno semelhante [contratos coligados, contratos conexos, grupos de contratos, contratos ligados, *networks* contratuais, redes contratuais] – é possível destacar alguns pontos em comum: a) coexistência de dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados, mantidas as respectivas causas objetivas desses contratos; b) existência de um nexo funcional entre os contratos diferenciados; c) existência de um nexo econômico entre esses contratos ; d) relevância jurídica da ligação entre estes contratos, seja em razão da motivação (perspectiva subjetivista), seja em razão da correspectividade de prestações (perspectiva objetivista).[385]

---

[383] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98-99.

[384] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos* – parte general. Bueno Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 715-716.

[385] Ainda que se fundamente na perspectiva de Lorenzetti, o autor se utiliza de um conceito próprio de redes contratuais: "Entende-se por redes contratuais a coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável nexo econômico, funcional e sistemático." LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 132; 137. Não obstante, Francisco Marino ressalta a autonomia teórica da categoria redes contratuais, apontando a existência de elementos distintivos claros entre os contratos coligados e estas: "Muito embora não seja objeto deste trabalho tratar da rede contratual, enquanto figura dotada de autonomia teórica, parece possível distingui-la dos demais contratos coligados ao

Ainda que estejam presentes caracteres comuns às diferentes formas de pluralidade contratual, a perspectiva a ser adotada no presente trabalho será a das redes contratuais, por entender que esta melhor se adéqua ao objeto do estudo ora proposto. Primeiramente, essa teoria ressalta o caráter sistêmico e funcional da pluralidade contratual aqui enfrentada, uma vez que não há mera coligação de contratos, mas sim, a constituição de um sistema complexo que envolve uma multiplicidade de atores. Ademais, a teoria das redes contratuais apresenta explicitamente a abertura da rede e a criação de deveres às partes em relação ao sistema, por decorrência do surgimento de uma causa sistêmica distinta das causas individuais dos contratos. Ambos os aspectos são relevantes ao objeto aqui estudado, pois permitem o ingresso de novos entrantes com deveres frente a todos os agentes do mercado. Pode-se, portanto, afirmar que a invalidade ou ineficácia de determinado contrato, embora possa produzir repercussões jurídicas no sistema, não será determinante para tornar inválido ou ineficaz o sistema como um todo. Todas essas características e outras mais serão apresentadas na sequência, bem como sua aplicabilidade à operação econômica aqui analisada.

As redes contratuais representam um fenômeno decorrente de uma realidade econômica muito diversa da teoria contratual clássica, que era fundada em relações contratuais atomísticas e imediatas. Insere-se, assim, em um novo paradigma dos contratos, mais adequado à contemporaneidade. Ao passo em que persiste a existência de contratos individualizados com causa jurídica própria, estruturados no modelo clássico de relação jurídica obrigacional (partes, objeto, causa e garantia), sob o aspecto funcional há a vinculação de diversos instrumentos a uma finalidade unificada, sistematizada e funcionalizada, necessária para a

---

menos em três pontos. Em primeiro lugar, as redes correspondem, necessariamente, a fenômeno de contratação empresarial em massa. Já os contratos coligados podem mostrar-se totalmente desvinculados da realidade empresarial e da contratação em massa. Em segundo lugar, as redes contratuais são, necessariamente, estruturadas por uma parte, à qual se ligam diversos outros contratantes. A rede é, portanto, aberta, comportando um a multiplicidade quase infinita de contratos, fungíveis sob a ótica do promotor da rede. Na coligação contratual *stricto sensu*, tal característica inexiste. Por fim, a abertura da rede faz com que ela se torne divisível no sentido de a invalidade ou a ineficácia de um dos contratos da rede não afetar os demais, pois, ela permanece, via de regra, perfeitamente viável na perspectiva do empresário organizador da rede. Ao contrário, um dos principais efeitos da coligação contratual é precisamente a repercussão da invalidade e da ineficácia de um contrato aos demais contratos a ele coligados." MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96-97.

concretização de uma operação econômica global.[386] Logo, "a função de cada contrato não pode abrir mão da função que estes perseguem juntos".[387] Tais funções se dão em dois diferentes níveis, um primeiro de caráter abstrato e principiológico, representando a instrumentalidade que todo instituto jurídico deve observar; e um segundo, relativo à função concreta que as partes buscam ao estabelecer o conteúdo do negócio jurídico. Ambos os níveis complementam-se, de modo a funcionalizar a autonomia dos contratantes aos valores emanados pelos preceitos constitucionais, a fim de garantir a tutela desses atos pelo ordenamento.[388]

Sob a perspectiva empresarial, as estruturas de redes contratuais implicam em um processo de colaboração estratégica. Neste, cada um dos contratantes aporta suas características e interesses próprios para a construção de um processo de cooperação necessário para a conformação de uma operação econômica desejada por todos eles – ainda que estes atuem de modo competitivo entre si.[389] Não se trata da formação de um vínculo societário ante as especificidades e características próprias das partes, que estas desejam manter. Mas sim, do alcance de um interesse comum, transversal em relação aos diferentes polos de interesses particulares.

No setor de eletricidade, esse interesse comum é a circulação do bem "energia elétrica", de modo a garantir sua geração até a efetiva entrega ao consumidor final. Esse interesse de colaboração estratégica é funcionalizado pela estrutura regulatória setorial, com vistas a direcionar a referida operação econômica à persecução de objetivos coletivos, constitucionalmente assegurados, que transcendem o interesse comum imediato dos participantes da rede.

O elemento de conjunção que une esses contratos é a sua conexão objetiva, compreendida como a causa-objetiva, no sentido de "razão econômica".[390] Isso

---

[386] LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 133; 138.

[387] MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio. In: KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. [sn].

[388] *Ibidem, loc. cit.*

[389] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos* – parte general. Bueno Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 718.

[390] *Ibidem, loc.cit*. Segundo Enzo Roppo, a causa irá identificar-se com a operação jurídico-econômica realizada pelo contrato. "A causa do contrato identifica-se, então, afinal, com a operação jurídico-económica realizada tipicamente por cada contrato, com o conjunto dos resultados e dos

porque a conexão explicada a partir do elemento subjetivo relacionado à intenção dos contratantes seria de difícil estabelecimento e comprovação. Nesse sentido, a existência de uma operação econômica comum é mais clara como elemento identificador. Lorenzetti ressalta que cada contrato mantém sua causa no sentido de fundamento da obrigação, assim como o fim individual que levou as partes a celebrarem seus contratos, quando em conjunto visam à realização de uma operação econômica unitária e complexa.[391] Para tanto, o autor identifica três diferentes níveis de causa em uma estrutura de rede contratual. A primeira é a causa fonte individual, que cada contrato gera obrigações distintas aos seus pactuantes imediatos. Em seguida, indica a causa fim individual, na medida em que cada contrato tem um fim concreto e variável. Por fim, há a causa supracontratual, representada pela finalidade econômica que levou às partes a utilizarem diferentes contratos para a conformação de uma operação econômica global. Esta última, por sua vez, perfaz o elemento de vinculação supracontratual, que justifica e dá sentido à formação e ao funcionamento da rede contratual.[392]

---

efeitos essenciais que, tipicamente, dele derivam, com a sua função económico-social, com o frequentemente se diz." ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 197. Verifica-se assim que o autor parte de uma noção objetiva de causa, em que a função do negócio é colocada em primeiro plano. A causa, ainda que não tenha sido adotada expressamente pelas codificações de 1916 e 2002, assume importante relevância com a função social do contrato estipulada pelo art. 421 do Código Civil de 2002. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes atribui três papéis à causa: "Dos três papéis antes referidos ao conceito, que se designou 'polivalente', quais sejam: o seu papel de qualificar os contratos, o de dar (ou negar) juridicidade ao acordo e o de limitar a autonomia privada, o primeiro, embora raro, é o de aplicabilidade mais frequente no direito brasileiro. Quanto ao segundo, relativo à juridicidade do acordo, ele é normalmente abstraído, sendo, no mais das vezes, assimilado ao próprio negócio jurídico ou substituído pela noção de objeto. Não deixa de ter sentido esta opção uma vez que o Código não indicou expressamente a causa como requisito de validade do negócio (art. 104, CC). [...] Já a terceira utilidade do termo causa, agora enfim como elemento de restrição da autonomia dos privados, como a função propriamente social do negócio, esta tende a se consolidar com a mais apurada interpretação de alguns dispositivos do Código de 2002. Em particular, a melhor compreensão do teor do art. 421. A este respeito, propõe-se a seguinte interpretação: quando a lei diz que 'a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato', a expressão 'em razão' serve a opor justamente autonomia privada à utilidade social. Assim, a liberdade de contratar não se dará pois, em razão da vontade privada, como ocorria anteriormente, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir. Do mesmo modo, os limites da liberdade de contratar não mais estão, como já se tratou de explicar, na autonomia dos privados mas são estabelecidos pelo ordenamento, estando a lei encarregada de prescrever, ou recepcionar, justamente a função social dos institutos jurídicos." MORAES, Maria Celina. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 21, v. 21, p. 117-118, jan./mar. 2005.

[391] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos* – parte general. Bueno Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 718.

[392] Rodrigo Xavier Leonardo ressalta a função social do contrato como o elemento de vinculação da rede de contratos: "A teoria das redes contratuais acaba chamando atenção para

No caso do setor de energia, esse elemento de vinculação e orientação é complexo, conformando interesses privados e públicos. Por um lado, há o interesse individual das partes de estabelecerem entre si relações de troca com o intuito de auferir lucro. Por outro, há o interesse coletivo, determinado pelo Estado a partir da estrutura regulatória, que tais operações garantam o fornecimento de um bem essencial, de modo a garantir a segurança energética do país, ao menor custo social possível, utilizando-se de forma eficiente os recursos naturais existentes. A conjugação e a tensão entre as referidas esferas de interesse oferece sentido à operação econômica em questão, funcionalizando-a, e forma o elemento de vinculação da rede de contratos.

Tal estruturação das redes de contratos enseja uma série de consequências, segundo Lorenzetti. A primeira, como já mencionado, é a existência de uma finalidade supracontratual, que estabelece objetivos que não podem ser alcançados individualmente entre as partes, mas apenas por meio de uma rede de vínculos distintos. Outro aspecto relevante é que a existência da rede resulta em relevante elemento interpretativo dos contratos que a compõem, uma vez que a finalidade supracontratual, ao inspirar a celebração destes, deverá, respectivamente, orientar a interpretação. Finalmente, há a criação de deveres perante o sistema, sob o princípio da coordenação, de forma a gerar deveres individuais, em verdade deveres laterais de conduta, para a contribuição de sustentação da operação econômica global. Não se trata, aqui, da formação de um contrato de coordenação, mas sim, do estabelecimento de obrigações laterais a todos os agentes, a partir de sua atuação individual, para a manutenção do sistema como um todo. Forma-se, assim, ao lado da correspectividade bilateral nas contratações individualmente consideradas, uma correspectividade sistemática das obrigações, entendida como a reciprocidade entre a conduta de cada um dos participantes do sistema e a contraprestação que este oferta a partir de sua racionalidade econômica. Tendo em vista a necessidade de equilíbrio na interrelação econômica e técnica entre os diversos agentes para a causa sistêmica, são incompatíveis a imputação de cargas excessivas a estes. Por

---

algumas concretas construções negociais que só podem ser percebidas mediante uma perspectiva funcional. Por intermédio desta perspectiva funcional é que se pode defender uma eficácia própria ao conjunto de contratos em rede.” LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, a. 94, v. 832, p. 109, fev. 2005.

outro lado, deve ser vedada a atuação individual abusiva de determinado agente.[393]

Desta feita, não é suficiente apenas a existência de diversidade de partes com interesses comuns ou de um nexo funcional entre os contratos, sendo também necessária a presença de um nexo sistemático entre estes. Para a conformação da unidade desse sistema, Rodrigo Xavier Leonardo aponta a necessidade de três elementos essenciais: (i) conexão entre os contratos; (ii) surgimento de uma causa sistemática; e a (iii) verificação de um propósito comum.[394] Esses elementos devem ser ordenados a fim de que a vinculação ocorra organizadamente, de modo a assegurar a estabilidade, persistência temporal e equilíbrio do sistema da rede de contratos. Segundo o autor, o alcance de tais aspectos deve ocorrer a partir do reconhecimento de deveres laterais de conduta entre os componentes do sistema, que surgem “não da manifestação expressa de vontade dos contratantes, mas da realidade objetiva sistêmica por eles criada”.[395] Ressalta que a obrigação jurídica deve ser vista como um processo, e que enseja deveres às partes deveres laterais para que seja alcançado o adimplemento que polariza o vínculo obrigacional.

Existem assim, de acordo com o posicionamento do autor, três diferentes tipos de deveres necessários à garantia da ordem do sistema. O primeiro deles é o dever lateral de contribuição para a manutenção do sistema, a fim de preservar a estabilidade e persistência temporal deste, de modo que qualquer violação ao objetivo comum da operação econômica prejudica a todos os seus participantes, sendo assim vedada pelo direito. De outro lado, há o dever de observação da reciprocidade sistemática das obrigações, estabelecido com o intuito de garantir o equilíbrio entre as diferentes partes componentes do sistema. Por fim, situa-se o dever de proteção das relações contratuais internas do sistema, que se subdivide em deveres de proteção em sentido estrito, deveres de lealdade e deveres de transparência. O dever de proteção em sentido estrito representa a impossibilidade das partes causarem danos mútuos aos demais participantes da rede. Por sua vez, o dever de lealdade implica na vedação das partes prejudicarem o negócio ou

---

[393] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos* – parte general. Bueno Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 721-723.

[394] LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 145-148.

[395] *Ibidem*, p. 149.

desequilibrarem o sistema. Aliado ao dever de lealdade, situa-se o dever de transparência dos agentes, que possuem a obrigação de fornecer todas as informações necessárias para o bom funcionamento do sistema.[396] Esses deveres, em verdade, decorrem do princípio da boa-fé objetiva, e devem se coadunar com as obrigações principais assumidas pelos contratantes, de forma a garantir o funcionamento coeso e estável da rede, sem gerar desequilíbrios.

Os referidos deveres, além de surgirem em razão do princípio da boa-fé objetiva, também são encontrados nas obrigações que os agentes da CCEE assumem quando ingressam no mercado, ao aderir à Convenção de Comercialização e ao Estatuto da CCEE.

Como exemplo dos deveres de contribuição podem ser mencionados aqueles que os agentes possuem em relação à participação na vida associativa da CCEE, como participação e votação nas assembleias gerais (conforme. art. 16, inciso I, art. 25 e art. 26 da Convenção de Comercialização), pagamento das contribuições e emolumentos necessários para o custeio e funcionamento da CCEE (nos termos do art. 17, inciso V, art. 35 e art. 36, da Convenção de Comercialização), aportes de Garantias Financeiras para a realização de operações no Mercado de Curto Prazo (a teor do art. 17, inciso III, da Convenção de Comercialização), fornecimento de dados para o processo de contabilização e liquidação de diferenças, dentre outros.

Os deveres de reciprocidade sistemática das obrigações, portanto, encontram-se situados nas ações necessárias para as operações de contabilização e liquidação de diferenças no mercado de curto prazo.

Cumpre mencionar, também, os deveres de proteção das relações contratuais internas ao sistema, a saber: de proteção em sentido estrito, de lealdade e de transparência. Nos deveres de proteção em sentido estrito estão situadas as obrigações assumidas pelos agentes em relação a não causação de danos ao sistema, devido às suas instalações, necessidade de observância das limitações de lastro, e outros. Quanto à lealdade, podem ser mencionados os ligados ao sigilo quanto às informações estratégicas de outros agentes a que uma parte venha a ter acesso por ocasião dos relacionamentos comerciais firmados. Dentre os deveres de

---

[396] *Ibidem*, p. 151-153.

transparência, menciona-se o fornecimento de informações fidedignas ao mercado, que permitam a realização do planejamento das operações de maneira escorreita, sem criar distorções ou riscos desnecessários aos demais agentes.

Por tudo o que foi exposto, verifica-se que a operação econômica comercialização de energia elétrica possui dinamicidade própria e situa-se entre três esferas de tensões que necessitam constante compatibilização. A primeira é a da significação do próprio bem que configura o objeto mediato de tais relações obrigacionais, e se encontra em constante conflito entre a sua essencialidade para a sociedade e o custo social que demanda para ser produzido e entregue ao seu consumidor. O segundo espaço de tensão se dá entre o caráter bilateral e plurilateral dos relacionamentos contratuais estabelecidos dentro do setor, para ser possível a perfectibilização das operações de compra e venda de eletricidade. Como terceiro e final, a esfera de conflito está na relação entre mercado de eletricidade e Estado, de modo a conciliar os interesses lucrativos dos agentes econômicos com as finalidades públicas estabelecidas pelo ente estatal, com assento nos princípios emanados pela Carta Constitucional.

A conjugação e a estabilização de tais espaços de tensão se dá por meio de uma estrutura de redes contratuais. Isso porque apenas os contratos de comercialização, considerados isoladamente, serão insuficientes para dar conta da complexidade envolvida na operação econômica aqui enfrentada. Sendo assim, é necessário que os contratos, ainda que mantenham sua tipicidade, causa e objetos próprios, sejam compreendidos de forma conjunta, em um sistema comum. Esse sistema possui como elemento de conexão uma causa objetiva supracontratual, das relações contratuais entabuladas pelos diversos atores, sendo que tal causa está intimamente ligada à função econômico-social do sistema da rede de contatos como um todo.

Desta forma, não é um sistema infenso à realidade social, mas sim, possui vetor de direcionamento específico e funcionalizado, que deve conjugar o interesse individual das suas partes com as finalidades coletivas consolidadas no modelo de regulação setorial estabelecido pelo legislador. Um dos principais efeitos de tal sistema é o surgimento de deveres laterais de conduta, por conta do princípio geral da boa-fé objetiva, que estabelecem obrigações às partes frente a todos os demais

contratantes da rede, a fim de garantir a manutenção e equilíbrio do sistema.

Essa dinamicidade na relação entre os planos, em tais estruturas, irá gerar repercussões específicas em relação ao inadimplemento contratual, o que demandará uma análise específica, conforme se expõe no capítulo seguinte.

5 CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA

A partir do exposto nos capítulos anteriores, verifica-se que os contratos de comercialização de energia possuem, de forma geral, uma estrutura que é simultaneamente estática e dinâmica, que visa conjugar os interesses imediatos dos contratantes com os interesses externos dos demais agentes do mercado e os da sociedade. Essa estrutura complexa mostra-se necessária para a coadunação das tensões imanentes a tal espécie contratual, a fim de se alcançar a função social a que se destina: a circulação do bem "energia elétrica". Aliás, mais do que a mera circulação, mas sim, o efetivo fornecimento deste bem aos consumidores, que dele necessitam pelo menor custo possível à sociedade.

Por conseguinte, para garantir o correto funcionamento da referida estrutura, de modo a promover o cumprimento das prestações necessárias para o funcionamento da operação econômica de base, é necessária a imposição de consequências no plano obrigacional no caso de inobservância destas. Em outras palavras, é necessário garantir ao credor a exigência da prestação das obrigações de suas contrapartes. Desta forma, a análise da figura do inadimplemento contratual assume especial relevância para os fins desta pesquisa. Para tanto, serão aqui expostos alguns de seus pressupostos, ainda que de maneira panorâmica e introdutória, com o único intuito de estabelecer algumas das balizas essenciais sobre o tema. Na sequência, serão apresentados alguns desses reflexos dos já citados planos, bilateral e plurilateral, da relação jurídica aqui enfrentada.

Agostinho Alvim, redator do livro sobre o "Direito das Obrigações no Anteprojeto de Código Civil", em sua obra clássica sobre inexecução das obrigações, ressalta que o cumprimento das obrigações é a regra para a extinção do vínculo obrigacional, enquanto o inadimplemento é a exceção, daí porque tratado como efetiva patologia contratual. Entretanto, destaca a necessidade da exigibilidade das prestações conforme convencionadas, ressaltando diferentes ordens de coercitividade que levam o devedor ao adimplemento:

> Vários são os motivos que levam o contratante a cumprir o que prometeu.

> Primeiramente, a simples ética: a voz da consciência, o hábito adquirido pelo homem bem educado.
>
> Nem todos têm, é verdade, uma consciência tão bem formada, de modo a cumprir todos os deveres, somente em satisfação às regras morais.
>
> Mas, quando esse motivo não fosse suficiente, haveria sempre o temor da reprovação pública.
>
> Este temor leva muitas pessoas a cumprirem deveres morais, não porque oiçam a voz da consciência, nem porque sejam esses deveres provifos de sanção, mas a fim de evitar a reprovação de seus pares.
>
> Todavia, quando nada disto bastasse, é certo que as obrigações, no sentido jurídico, isto é, as obrigações civis, são providas de sanção, qualquer que seja a sua fonte.
>
> Logo, o credor pode compelir o devedor a que cumpra a obrigação; e quando êle chegar a êste extremo, a situação do devedor já estará agravada, com os encargos da mora.
>
> Êstes motivos todos fazem com que as pessoas, em regra, se desempenhem espontaneamente, das obrigações que assumiram.[397]

Portanto, a fim de que os objetivos já referidos sejam alcançados, o sistema estabelece uma série de repercussões jurídicas ao devedor, quando este deixa de cumprir com as obrigações por ele assumidas. Caso isso não ocorra, não é possível o funcionamento do modelo competitivo apresentado anteriormente, estruturado sobre relações contratuais entre os diversos agentes do setor de energia.

As consequências do descumprimento estão positivadas nos artigos 389 e seguintes do Código Civil, sendo comumente definidas a partir a concepção legal de mora, como "o não cumprimento da obrigação nos devido tempo, lugar e forma" que se dá por "ato ou omissão imputável ao devedor, dependente da espécie de obrigação."[398] Nestes termos, as consequências do inadimplemento são classicamente distinguidas quanto à sua causa e quanto aos seus efeitos.[399]

Em relação à primeira modalidade, Judith Martins-Costa indica que a *summa divisio* na questão do inadimplemento refere-se à sua causa, qual seja: se este se realizou por fato imputável ou não imputável ao devedor. Na hipótese do incumprimento ser imputável ao devedor, haverá o efetivo não-cumprimento da obrigação. Por outro lado, se este não for imputável, haverá a hipótese de

---

[397] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências.* 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965, p. 24.

[398] LÔBO, Paulo. *Obrigações.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 230.

[399] VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2, p. 63-64.

impossibilidade de cumprimento, extinguindo-se o vínculo da relação obrigacional.[400] Desse modo, para a autora, a imputabilidade é o eixo central da teoria do inadimplemento, que representa a atribuição de responsabilidade a alguém – mas não necessariamente a inculpação. Dentre os princípios que informam o nexo de atribuição da responsabilidade, destaca a culpa, o risco, a segurança, a confiança e a garantia. Como regra geral, entende que seria a culpa o elemento preponderante da imputabilidade, restando os demais como exceção.[401] Entretanto, Paulo Lôbo ressalta que no Direito brasileiro, devido à tendência de objetivação da responsabilidade no tráfico jurídico, a culpa deixaria de ser o elemento essencial para a caracterização do inadimplemento no ato comissivo ou omissivo do devedor.[402] Desta forma, assiste-se a passagem de uma estrutura subjetiva de inadimplemento para uma outra de caráter preponderantemente objetivo, assentada na ideia de quebra de deveres contratuais. No setor de energia, em função dos diversos aspectos envolvidos, em especial os riscos inerentes à atividade, entende-se que o referido caráter objetivo é que prevalece.

Por sua vez, em relação aos efeitos, o não cumprimento da prestação se subdivide, classicamente, em inadimplemento absoluto (que pode ser parcial ou total) e mora. No primeiro, não há o cumprimento da obrigação e esta não poderá ser mais cumprida, não sendo mais possível ao credor recebê-la. Será total quando o incumprimento abarcar a totalidade da obrigação, e parcial quando esta compreender apenas uma parcela do feixe de obrigações do devedor. A mora, por sua vez, se dará quando a obrigação não for cumprida no lugar, tempo ou forma

---

[400] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5. t. 2, p. 147.

[401] *Ibidem*, p. 263-264. De forma semelhante é o entendimento de Antunes Varella na análise do inadimplemento sob o prisma do Direito Português: “Não basta, porém, a ilicitude do comportamento do devedor, para que ele seja obrigado a indemnizar o credor pelos danos resultantes da falta de cumprimento. É preciso ainda que o devedor tenha agido com *culpa*, como resulta da simples leitura do texto do art. 798.º ao responsabilizar só o devedor que falta *culposamente* ao cumprimento da obrigação. Agir com *culpa* significa actuar em termos de a conduta do devedor *ser pessoalmente censurável* ou *reprovável.* E o juízo de *censura* ou de *reprovação* da *conduta* do devedor só se pode apoiar no reconhecimento, *perante as circunstâncias concretas do caso*, de que o obrigado não só *devia*, como *podia* ter agido de outro modo. Só a título excepcional [...], o devedor responde *sem culpa*, em termos de responsabilidade objetiva.” VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2, p. 96-97. [destaques no original]

[402] LÔBO, Paulo. *Obrigações.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 233-234.

convencionada, porém, mantendo-se a possibilidade de cumprimento.[403] A literatura contemporânea trata ainda do cumprimento defeituoso da obrigação ou da quebra de deveres decorrentes da boa-fé, também denominado violação positiva da obrigação, em que o cumprimento ocorre, porém, de forma irregular, insatisfatória ao credor.[404]

Como consequência do não cumprimento imputável (seja por inadimplemento absoluto, seja por mora) emerge a responsabilidade do devedor, na forma dos art. 389 e 395 do Código Civil, pelas perdas e danos, acrescidos de juros, atualização monetária e, em caso de propositura de demanda judicial, honorários advocatícios. Desse modo, na hipótese de inadimplemento incorrerá o devedor no dever de reparar, podendo essa reparação ser: natural, com o retorno da situação fática ao estado anterior (restauração do *status quo ante*); específica, por meio de medidas alternativas a fim de satisfazer o interesse do credor (eg. direito de resposta); indenização, com o pagamento do equivalente em dinheiro da situação anterior, ou de forma a compensar danos incomensuráveis.[405] As perdas e danos são, assim, prestações (na maioria das vezes) pecuniárias, que substituem ou se agregam à prestação original, e se desdobram em danos emergentes (o que se perdeu por decorrência do evento danoso) e lucros cessantes (o que se deixou de ganhar).

Nos contratos de comercialização de energia elétrica, tendo em vista o caráter bilateral e plurilateral das obrigações assumidas pelas partes, as espécies de obrigação irão variar de acordo com os seus diferentes planos que, por sua vez, ensejarão diferentes formas de inadimplemento. Desta maneira, as modalidades de inadimplemento irão demandar uma análise que, embora conjugue os aspectos que trespassam tais planos, faça as diferenciações necessárias entre estes.

---

[403] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências.* 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965, p. 24-25.

[404] VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2, p. 126-135. LÔBO, Paulo. *Obrigações.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 263-265. Sobre a violação positiva do contrato ver: STEINER, Renata Carlos. *Descumprimento contratual*: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2013. (no prelo).

[405] LÔBO, Paulo. *Obrigações.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 233-234.

5.1 O INADIMPLEMENTO NO PLANO BILATERAL DA RELAÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

No plano bilateral da relação contratual de comercialização de energia, ou seja, na relação imediata entre agente comprador e agente vendedor, as obrigações decorrem da existência do contrato de compra e venda de documentos. Ou seja, o cerne das obrigações entre vendedor e comprador refere-se à existência de um título válido e eficaz perante o mercado, que permita ao comprador garantir lastro para a carga e potência associada da energia, que será por si consumida ou revendida a outros agentes (no caso das distribuidoras, a que será fornecida aos seus consumidores cativos).

Do lado do comprador, haverá a responsabilidade pelo registro ou validação do contrato na CCEE, que irá variar de acordo com a modalidade contratual, a fim de que o contrato possa ser contabilizado no processo de liquidação. Além disso, obviamente, há a responsabilidade pelo pagamento ao vendedor do montante de energia que o contrato representa, no prazo, preço e forma ajustados.

Por sua vez, tendo em vista tratar-se de negócio comutativo, ao vendedor caberão também obrigações. Como ocorre com o comprador, há a responsabilidade pela validação ou registro do instrumento contratual na CCEE, de acordo com a modalidade contratual. Não obstante, a principal obrigação do vendedor é a de assegurar que o contrato garanta lastro ou cobertura de suprimento ao comprador para o Processo de Contabilização e Liquidação de Diferenças, nos montantes sazonalizados e modulados que as partes estabelecerem. Desta forma, na hipótese do contrato não ser passível de apresentação para tais fins em determinado período de contabilização, haverá inadimplemento contratual do devedor.[406]

Como exemplo de tal possibilidade pode-se mencionar o desligamento do

---

[406] Tal hipótese pode ocorrer, por exemplo, em casos de recuperação judicial ou falência do vendedor, como no seguinte julgado: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DESLIGAMENTO DA EMPRESA AGRAVANTE DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA-CCEE. O fato de ingressar com recuperação judicial, com o claro intuito de venda de suas usinas, demonstra a intenção da agravante em não fornecer a energia elétrica que se comprometera, evidentemente onerando os demais componentes do sistema de fornecimento de energia elétrica. Não demonstrada a verossimilhança da tese recursal, e havendo risco de grave lesão inverso, mantém-se a decisão que revogou a liminar inicialmente concedida.” TRF 4ª R.; AI 2009.04.00.017571-0; PR; Quarta Turma; Rel. Juiz Fed. Sergio Renato Tejada Garcia; Julg. 14/10/2009; DEJF 27/10/2009; Pág. 239.

vendedor da CCEE posteriormente ao início da relação contratual, porém, anteriormente aos prazos de entrega da energia comprometida. Nessa hipótese, o contrato não poderia ser utilizado pelo comprador para a formação de seu lastro, restando ele obrigado a comprar energia novamente de outros vendedores ou ficar exposto ao PLD no mercado de curto prazo.[407] Outro exemplo, com semelhantes repercussões para o comprador, seria o atraso de entrada em operação comercial dos empreendimentos de geração a que estão vinculados contratos de comercialização.

Em tais situações, os riscos devem ser assumidos pelo vendedor, devendo este adquirir energia no mercado de curto prazo para honrar o seu lastro de venda e manter o contrato. Como fundamento dessa forma de distribuição do risco, pode-se mencionar a aplicação analógica do art. 529, do Código Civil, que estabelece que ficarão a cargo do vendedor os riscos pela entrega do produto, caso não haja seguro de transporte no contrato de compra e venda contra documentos.[408] Na mesma toada, o já mencionado parágrafo 1º do art. 7º, da Convenção de Comercialização (Resolução ANEEL n.º 109/2004) determina expressamente a responsabilidade do vendedor pela entrega da energia contratada.[409] Constata-se, portanto, que o

---

[407] Nesse caso o comprador não estará sujeito à aplicação de penalidades pela CCEE por até noventa dias, devido ao art. 17, §2º, da Resolução ANEEL n.º 545, que trata do desligamento de agentes da CCEE: “Art. 17, § 2º Não serão aplicadas penalidades por insuficiência de lastro para venda de energia e potência e insuficiência contratual para cobertura de consumo a outros agentes em decorrência do cancelamento dos registros de contratos, pelo prazo de noventa dias contados do cancelamento, relativamente aos montantes definidos nos contratos finalizados.”

[408] “Art. 531. Se entre os documentos entregues ao comprador figurar apólice de seguro que cubra os riscos do transporte, correm estes à conta do comprador, salvo se, ao ser concluído o contrato, tivesse o vendedor ciência da perda ou avaria da coisa.”

[409] Resolução ANEEL n.º 109/2004: “Art. 7.º, § 1° Os c ontratos registrados na CCEE não implicam, necessariamente, compromisso de entrega física de energia elétrica por parte dos agentes vendedores, podendo a energia ser entregue por outro agente da CCEE, ressalvando-se, para todos os efeitos, que a responsabilidade contratual pela entrega da energia continua sendo do agente vendedor referido no contrato.” [grifo nosso]

No seguinte julgado o TRF da 3ª Região ressalta que são do vendedor os riscos do empreendimento: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO PELO RITO ORDINÁRIO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE PENALIDADE EM RAZÃO DA NÃO ENTREGA DE ENERGIA. MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. 1. Providência liminar satisfativa, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional permite ao titular a fruição imediata do bem jurídico perseguido. Para que seja deferida, a Lei exige necessariamente o requisito da verossimilhança da alegação fundada em prova inequívoca, além da presença de um dos pressupostos específicos: possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação e abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Concomitantemente, reclama a ausência do requisito negativo consistente no perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. 2. O recurso interposto contra decisão que defere ou indefere pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional devolve ao órgão julgador apenas o

sistema de comercialização foi estruturado sob uma lógica que privilegia o fornecimento de energia aos compradores, de modo a garantir o abastecimento dos consumidores, sejam eles livres ou cativos. Em razão disso, foram construídos mecanismos para a mitigação e compartilhamento de riscos financeiros e hidrológicos na atividade de geração como o Mecanismo de Realocação de Energia (MRE)[410], Mecanismo de Redução de Garantia Física[411] e Alocação de Excedente

---

exame da presença ou ausência destes pressupostos legais ensejadores da concessão. 3. A própria autora afirma que a discussão acerca das excludentes de responsabilidade pelo descumprimento do cronograma não é objeto da presente ação, eis que está sendo discutido administrativamente. 4. A autora recebeu da agência reguladora outorga de autorização para implantação de empreendimento de geração e celebrou contratos de comercialização de energia elétrica, de forma que tinha conhecimento desde o início das regras acerca da aplicação de penalidades pelo descumprimento de suas obrigações. Verifica-se, portanto, que no caso em exame, a penalidade imposta à autora é efeito financeiro do contrato assinado com a ré ccee. 5. A concessão da tutela antecipada traria prejuízos aos usuários finais de energia elétrica do sistema interligado nacional, os quais pagam o encargo de energia elétrica. 6. Não há nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão proferida quando do exame do pedido de efeito suspensivo.” TRF 3ª R.; AI 0026311-86.2012.4.03.0000; SP; Sexta Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Herbert de Bruyn; Julg. 12/09/2013; DEJF 23/09/2013; Pág. 1107.

[410] “O Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) é um mecanismo financeiro que visa o compartilhamento dos riscos hidrológicos que afetam os Agentes de Geração, buscando garantir a otimização dos recursos hidrelétricos do Sistema Interligado Nacional. Este mecanismo abrange as usinas hidrelétricas sujeitas ao despacho centralizado. Opcionalmente, podem participar as Pequenas Centrais Hidrelétricas. O MRE busca permitir que todas as usinas participantes recebam seus níveis de Garantia Física independentemente de seus níveis reais de produção de energia, desde que a geração total do MRE não esteja abaixo do total da Garantia Física do Sistema. Em outras palavras, o MRE realoca contabilmente a energia, transferindo o excedente daqueles que geraram além de suas Garantia Físicas para aqueles que geraram abaixo.” CCEE. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, [2012], p. 44. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

Daniel Santa Bárbara Esteves indica como principais riscos relativos à instalação de empreendimentos de geração, de acordo com entrevistas realizadas com funcionários da Aneel: a outorga de concessões sem licenciamento ambiental, o que pode impedir posteriormente a construção da usina ou apenas atrasar o início da geração; e o risco geológico que pode implicar em necessidade de reelaboração do projeto de construção da usina. ESTEVES, Daniel Santa Bárbara. Riscos nas concessões de uso de potenciais hidráulicos para a produção independente de energia. *Revista de Direito Público da Economia.* Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 39-61, jan/mar. 2009, p. 48.

De outro lado, Marco Aurélio Lenzi Castro, *et al,* indicam riscos que decorrem do próprio modelo setorial: “O Novo Modelo promove a concentração de decisões no Poder Executivo, e por conseqüência, o enfraquecimento da ANEEL. Além disso, a EPE, a CCEE, o CMSE e o ONS serão dirigidos por pessoas indicadas pelo governo. Como a referida lei apresentou apenas a nova estrutura do setor elétrico, deixando a maior parte das novas regras a cargo do MME, criou-se um ambiente de incertezas sobre a estabilidade regulatória a médio e longo prazos, o que poderá afetar o nível de investimento dos agentes privados no setor. As geradoras estarão expostas ao risco de inadimplência das distribuidoras, uma vez que várias empresas estão em situação financeira delicada, destacando-se as empresas federalizadas, e as garantias oferecidas podem não ser suficientes. Com a perspectiva de aumento do risco de crédito, os bancos tenderão a elevar os custos de financiamento, o que poderá inviabilizar a construção de novas usinas. As distribuidoras também estarão sujeitas a riscos no Novo Modelo, pois deverão prever seus mercados com 5 anos de antecedência e contratar toda energia necessária em leilões públicos. Assim, para minimizar o risco de penalização por erros de pre visão, as distribuidoras tenderão a celebrar contratos de curta duração e, por isso, as geradoras já existentes estarão expostas às variações no mercado cativo das

Financeiro[412]. Caso a situação de inadimplemento perante o mercado permaneça mesmo após a aplicação desses mecanismos, restará o gerador exposto ao mercado de curto prazo e à subsequente aplicação de penalidades pela CCEE.[413]

Nesse ponto é necessária a discussão a respeito da imputabilidade ao vendedor de acontecimentos de caso fortuito ou força maior que o impedem de assegurar o cumprimento da obrigação contratual. A literatura jurídica brasileira, sem embargo do reconhecimento da existência do debate doutrinário,[414] aponta que a diferenciação entre ambas as categorias é estéril, uma vez que estas não apresentam no Código Civil consequências jurídicas distintas, sendo assim tratadas

---

distribuidoras, sob risco de redução de receita." CASTRO, Marco Aurélio Lenzi; *et al* Análise dos Riscos de uma Distribuidora Associados à Compra e Venda de Energia no Novo Modelo do Setor Elétrico. Revista Brasileira de Energia, vol. 10, n. 1, 2004, p. 5.

[411] O Mecanismo de Redução de Garantia Física é "aplicado mensalmente às usinas participantes do MRE e despachadas centralizadamente, com o objetivo de avaliar se essas usinas cumpriram ou não os requisitos de disponibilidade estabelecidos. Tal avaliação é feita por meio de uma comparação entre os parâmetros verificados de interrupções programadas e forçadas em relação aos parâmetros de referência estabelecidos pela ANEEL para uma usina. [...]

Caso os parâmetros verificados sejam inferiores aos de referência, haverá uma redução de garantia física, correspondente ao percentual de diferença entre o verificado e a referência. Vale ressaltar que a garantia física será reduzida somente para utilização no MRE, não impactando na apuração da garantia física da usina." CCEE. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, [2012], p. 51. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[412] "O Excedente Financeiro é um mecanismo que efetua compensações financeiras entre os Agentes, em função da existência de preços diferentes entre submercados. Na CCEE, o Excedente Financeiro é utilizado para aliviar as exposições negativas dos Agentes de Geração participantes do MRE que tiveram alocação de Garantia Física em Submercados com preços diferentes daqueles onde estão localizadas suas usinas; e as exposições [...] [de] contratos registrados na CCEE." CCEE. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, [2012], p. 52. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[413] Veja que as penalidades aplicadas pela CCEE não se confundem com aquelas aplicadas pela ANEEL. Sob tal perspectiva; " A ANEEL e CCEE são duas entidades distintas que atuam apoiadas em fundamentos distintos com objetivos diversos. Enquanto a atuação da ANEEL é sempre voltada para o interesse público e visa o bom funcionamento do ambiente regulatório, a CCEE, como entidade privada age de acordo com aquilo que está previsto em seu estatuto social, buscando viabilizar as operações de comercialização que são firmadas entre os seus agentes. A imposição de sanções decorre da própria natureza da ANEEL, como ente regulador. Não se confundem, portanto, a a natureza jurídica das sanções ou penalidade que podem ser aplicadas tanto pela ANEEL quanto pela CCEE, ainda que seja sobre uma mesma conduta. Pelo contrário, a atuação da ANEEL e a da CCEE se complementam e são necessárias para o bom funcionamento do ambiente regulatório." GONÇALVES, João Alfredo Serra Baetas. Possível conflito de competência entre a ANEEL e a CCEE quanto à aplicação de penalidades. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Direito da Energia Elétrica no Brasil.* Brasília: UNB, 2010, p. 77 (p. 53-78).

[414] Sobre o debate doutrinário entre as expressões caso fortuito e força maior ver: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências.* 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965, p. 311-319.

como sinônimas pela codificação.[415] Judith Martin-Costa entende que tais expressões representam um "evento não imputável ao devedor, que ocasiona a impossibilidade da prestação tal como devida".[416] Segundo a autora, os elementos essenciais para a configuração do caso fortuito ou força maior é o imperativo de que o fato seja necessário e inevitável.

Quanto à necessariedade do fato, esta deve ser compreendida concretamente, em relação ao dever a ser prestado, quando o devedor que possa conhecer do fato utilizando-se de normal diligência, não possa resistir ao evento ou eliminá-lo. Nessa hipótese, diferencia o fortuito interno (em que o fato inevitável está ligado aos riscos inerentes da atividade exercida pelo devedor) do fortuito externo (que será estranho à organização da empresa). No primeiro caso, embora o fato possa ser imprevisível, ele não é necessário ou inevitável, em última instância. Logo, ainda que o agente atue com a devida diligência e cuidado, mas o fato venha a ocorrer, este não será suficiente para o rompimento da imputabilidade do inadimplemento decorrente. Já o fortuito externo terá força liberatória quando o devedor não concorrer para a ocorrência do fato. Além de o fato ser necessário, este terá que ser inevitável ou irresistível. Ou seja, não bastará a mera dificuldade, mas sim, o fato terá que ser intransponível para o devedor (por decorrência de eventos naturais, humanos, de decisões do Poder Público etc.) nas condições concretas em o agente está inserido.[417]

A análise do caso fortuito ou força maior, em situações relativas ao adimplemento de obrigações de comercialização de energia elétrica, demanda uma certa atenção. Isso porque a álea normal da atividade mostra-se extremamente elevada, por conta da existência de diversos riscos inerentes a esta (eg. riscos hidrológicos, regulatórios, sociais, ambientais, econômicos etc.). É necessário que as situações de caso fortuito ou força maior ultrapassem tal álea normal para ser possível o rompimento da imputação do inadimplemento ao devedor. Portanto,

---

[415] Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 2, p. 197-199. LÔBO, Paulo. *Obrigações.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 234-235. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 23: § 2.792, p. 79.

[416] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil* ..., p. 199.

[417] *Ibidem*, p. 199-205.

diversas situações que poderiam ser consideradas como caso fortuito ou força maior em outros setores, são consideradas mero fortuito interno da atividade, portanto, insuficientes para eximir o agente de adimplir com a obrigação.

Como exemplo de tal cenário, a fim de poder demonstrar no caso concreto como se dão as consequências decorrentes do caso fortuito e força maior no inadimplemento dos contratos de comercialização de energia, pode ser mencionada a situação de atraso do início de funcionamento da UHE de Jirau.

O consórcio Energia Sustentável do Brasil (EBR), requisitou à ANEEL, no Processo Administrativo n.º 48500.004505/2008-02, a exclusão de sua responsabilidade pelos atrasos no cronograma de início da operação comercial do empreendimento, em razão de caso fortuito ou força maior. Em tais autos, o pedido do gerador de energia encontra-se assentado em três fundamentos principais que impediriam o cumprimento do cronograma: (i) greves e atos de vandalismos ocorridos em seu canteiro de obras; (ii) atraso no término da instalação da linha de transmissão do Porto Velho/Araraquara; (iii) demora do desembaraço de equipamentos na Receita Federal brasileira.

A cada um dos três elementos a Diretoria da ANEEL deu um entendimento diferente ao caso concreto quanto à existência de caso fortuito ou de força maior.[418] Em relação à greve e a subsequente paralisação no canteiro de obras devido a atos de vandalismo, entendeu que não podem ser entendidos estes como excludentes de responsabilidade, pois estão enquadrados no risco de gestão do negócio. Quanto à demora na instalação da linha de transmissão, foi dado provimento parcial ao pedido, uma vez que esta foi considerada como excludente de responsabilidade apenas trinta dias antes da entrada de operação comercial da linha, e somente em relação às Unidades Geradoras previstas para aquela linha de transmissão. Em relação à demora no desembaraço de equipamentos, a Agência não considerou todo o prazo desde a chegada até a sua efetiva liberação como excludente de responsabilidade por ato motivado do Poder Público. Mas sim, apenas os dias que ultrapassaram o prazo normal para a liberação de equipamentos, até a intimação pela Receita Federal da comprovação do pagamento do ICMS, bem como os dias entre a intimação e a obtenção de liminar na Justiça Federal para a liberação das

[418] Conforme Despacho ANEEL n.º 1.732/2013.

máquinas. Verifica-se que agência considerou em relação ao primeiro fato a mera existência de fortuito interno, sendo este, porquanto, inescusável. Em relação aos dois últimos, houve uma limitação da responsabilidade até o limite da inevitabilidade do fato para o agente.

Em sede de pedido de reconsideração do consórcio da usina, a Diretoria da ANEEL concedeu medida cautelar de forma a determinar, a suspensão das seguintes repercussões jurídicas, enquanto seria feita nova apuração das causas e responsabilidades pelo atraso na entrega das obras:

> (a) exigibilidade do registro dos montantes de energia dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEARs para as Unidades Geradoras em atraso devido aos eventos que caracterizariam excludentes de responsabilidade;
>
> (b) a aplicação de quaisquer penalidades à Energia Sustentável do Brasil S.A. por descumprimento ao prazo para entrada em operação comercial das Unidades Geradoras da Usina hidrelétrica – UHE Jirau;
>
> (c) a cobrança da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST sobre os montantes de uso da transmissão relativos aos períodos em que a UHE Jirau deixou de gerar energia em razão dos eventos que caracterizariam excludentes de responsabilidade[419].

Cabe aqui ressaltar que a situação exposta irá gerar diferentes repercussões jurídicas no plano obrigacional, uma vez que foram firmados pelo consórcio contratos de compra e venda com agentes de distribuição no ACR, antes do início das obras. Na hipótese da ANEEL acatar de forma integral o pedido do agente gerador, quanto à exclusão da responsabilidade por caso fortuito ou força maior, os contratos firmados no ACR com as distribuidoras de energia terão suspenso o seu registro na CCEE, ficando estes sem eficácia. Assim, as compradoras restarão expostas à aquisição de eletricidade no mercado de curto prazo ao valor do PLD, sem direito à reparação por perdas e danos em relação ao inadimplemento do gerador, tendo em vista a interrupção no nexo de imputabilidade.[420]

Por outro lado, caso não seja, ao final, dado provimento pela Agência, os

---

[419] Despacho ANEEL n.° 3.588/2013. O processo administrativo ainda não possui decisão final até a data de redação da presente pesquisa.

[420] Nesse caso, ainda que haja exposição do agente distribuidor no mercado de curto prazo, tal exposição é involuntária, aplicando-se, portanto, o art. 4º, I, da Resolução ANEEL n.º 453/2011, que estabelece os critérios de cálculo de exposição e sobrecontratação involuntária no ACR. Em tal hipótese, não haverá a aplicação de penalidades decorrentes do não atendimento à totalidade do mercado de energia elétrica dos agentes de distribuição, na forma do art. 3º, da referida resolução.

CCEARs deverão ser registrados na CCEE e considerados no processo de contabilização e liquidação, restando dotados de plena eficácia. Por conseguinte, as distribuidoras terão garantido o seu suprimento, independentemente da operação comercial da usina ou não, e deverá a geradora adquirir energia no mercado de curto prazo, ficando ainda exposta à aplicação de penalidades pela CCEE.

Observa-se que, mesmo tentando restringir tal análise ao plano bilateral da relação jurídica de comercialização de energia, verificam-se repercussões do inadimplemento no plano plurilateral. Dificilmente o inadimplemento em um dos planos não irá gerar consequências jurídicas no outro plano, em razão da estruturação destes em redes contratuais. No entanto, ainda que existam traços comuns aos planos em questão, o plano plurilateral possui caracteres específicos em relação ao inadimplemento que não estão abarcados na relação bilateral estritamente considerada. Sendo assim, no tópico seguinte serão expostos alguns aspectos específicos do inadimplemento nas relações plurilaterais dos agentes do mercado de energia elétrica.

5.2 O INADIMPLEMENTO NO PLANO BILATERAL DA RELAÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

De acordo com o já exposto em capítulos anteriores, no plano plurilateral da relação jurídica de comercialização de energia elétrica estão situados os direitos e obrigações das partes em relação ao mercado, necessárias para a realização da operação econômica de base no sistema interligado de transmissão em um modelo setorial competitivo. Tais obrigações estão estatuídas nas normas setoriais pertinentes; merecem destaque a Convenção de Comercialização (Resolução ANEEL n.º 109/2004), as Regras e Procedimentos de Comercialização e a Resolução ANEEL n.º 545/2005, que trata do desligamento de agentes da CCEE.[421]

---

[421] Descumpridas tais obrigações a CCEE tem pleno direito de proceder com o desligamento do agente, como, por exemplo, no seguinte julgado: “MEDIDA CAUTELAR PRODUTORA DE ENERGIA ELÉTRICA - VENDA DE ENERGIA EXCEDENTE CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO REINTEGRAÇÃO VENDA DE ENERGIA SEM GARANTIA COBRANÇA DE MULTA DÉBITO EM ABERTO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. Na exegese do artigo 796 da lei processual, são pressupostos da medida cautelar: a aparência do bom direito, ou seja, a existência de um provável direito subjetivo material ("fumus boni iuris"); e a possibilidade de ineficácia

O núcleo central dessas obrigações no plano plurilateral das relações de compra e venda de energia reside na obrigatoriedade do vendedor garantir lastro de energia e potência para seus contratos, e a do comprador comprovar a suficiência da cobertura contratual de energia e potência para seu consumo ou de seu mercado consumidor.[422] Na hipótese haver o inadimplemento de tais obrigações, restarão os agentes obrigados a adquirir energia no curto prazo e estarão sujeitos à aplicação das penalidades de energia e potência, na forma do parágrafo único do art. 6º, da Convenção de Comercialização e dos Módulos de Penalidades de Energia[423] e de Potência[424] das Regras de Comercialização.

Para mitigar o risco de inadimplemento nas operações de curto prazo[425], os

---

da ordem jurídica tardia resultar lesão grave de difícil reparação ("periculum in mora"). Nos termos da Lei n. 10.848/2004 e Resoluções normativas 109 e 348 da ANEEL, cabe à CCEE a contabilização, liquidação, leilões e administração dos contratos, assegurando o cumprimento pelos agentes das regras de comercialização impostas pela ANEEL, além de impor penalidades ao agentes em caso de falta de garantia física, insuficiência de lastro para venda de energia elétrica, insuficiência de cobertura contratual, etc. Restando incontroverso o descumprimento pelo agente das regras de mercado impostas pela ANEEL o agente não quitou seu débito quando das respectivas liquidações financeiras, e não apresentou garantias financeiras, deixando o mercado exposto a seu débito e inexistindo irregularidade no procedimento administrativo de desligamento, tanto o impedimento de novos registros de contratos, quanto o desligamento do agente e imposição de multa, inserem-se no âmbito de atribuições da CCEE (arts. 15, III e 28, XIII da Res. ANEEL n. 109/04), ausente ilegalidade." TJSP. AI 0214360-35.2009.8.26.0100. Rel. Des. Clóvis Castelo. 35ª Câmara de Direito Privado, julg. em 26/03/2012, DJ 27/03/2012.

[422] Conforme art. 6º da Convenção de Comercialização.

[423] "O módulo das Regras de Comercialização denominado 'Penalidades de Energia' é dividido em dois submódulos. O primeiro, Insuficiência de Lastro de Energia, tem por objetivo calcular as penalidades para todos os agentes da CCEE que não apresentarem cem por cento de lastro energia para todas suas operações, com base em um histórico de 12 meses. A exceção dos agentes pertencentes à categoria de Distribuição, que será objeto do cálculo anualmente, todos os agentes pertencentes às demais categorias terão tal penalidade aferida mensalmente. O segundo submódulo (Falta de Combustível) visa apurar a penalidade aos proprietários de usinas termelétricas que apresentarem indisponibilidade em função da falta de combustível." CCEE. *Regras de Comercialização – Penalidades de Energia.* São Paulo: CCEE, 2013, p. 4. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[424] "O módulo das Regras de Comercialização denominado 'Penalidade de Potência' é composto por um único submódulo (Insuficiência de Lastro de Potência), cujo objetivo é calcular as penalidades para todos os agentes de comercialização que não apresentarem 100% de lastro de potência para todas suas operações no patamar de carga pesada. Tal penalidade é aferida em base mensal." *Ibidem, loc. cit.*

[425] Gerusa Magalhães e Virginia Parente apontam que a necessidade de minorar a inadimplência no sistema de curto prazo levou a importantes modificações no sistema de garantias na Resolução ANEEL n.º 336/2008, que deu origem à atual Resolução ANEEL n.º 531/2012: "Outro aspecto observado por ocasião da inadimplência recorde diz respeito à fragilidade do sistema de garantias. Ficou evidenciado que as regras então existentes não suportavam as dívidas dos agentes, o que motivou o regulador (ANEEL) e o gestor do mercado atacadista de energia elétrica (CCEE) a discutir e propor aprimoramentos em tais regras. Em janeiro de 2008, as regras então existentes permitiam que os agentes aportassem garantias com base no histórico de adimplência, o que não

agentes devem assegurar o aporte de garantias financeiras suficientes para a cobertura de suas exposições negativas, acrescido do montante de 5%, conforme cálculo da CCEE, a serem depositados em instituição financeira custodiante.[426] Na hipótese do agente inadimplir tal obrigação, com o depósito de garantias financeiras inferiores ao necessário, serão aplicadas multa, juros moratórios e correção monetária sobre o valor do débito remanescente.[427] Ademais, esse sofrerá penalidades que ensejarão o seu desligamento da Câmara de Comercialização.[428] Para os agentes vendedores (geradores e comercializadores), sem prejuízo de tais penalidades, os registros dos volumes dos seus contratos de venda no ambiente de comercialização serão ajustados pela CCEE, a fim de equalizar suas exposições negativas não cobertas por garantias financeiras com os montantes contratados, na forma do art. 8 e seguintes da Resolução ANEEL n.º 531/2012. Ao fim do processo de liquidação, são aferidos os montantes devidos pelos agentes ao mercado de curto prazo, e caso estes não promovam o depósito de seus débitos nem tenham garantias financeiras suficientes, será feito o rateio da inadimplência entre todos os agentes credores na proporção de seus créditos líquidos resultantes da contabilização.[429]

Além dessas obrigações diretamente relacionadas ao processo de

---

refletia as operações que seriam realizadas naquele mês ou mesmo futuramente no mercado spot. Essa sistemática, na visão do regulador, não agregava segurança às operações realizadas no mercado de curto prazo, pois o agente poderia ser devedor de grandes quantias, mas, tendo ele um bom histórico de adimplência, aportava valores mínimos. Diante disso, a ANEEL propôs que as garantias ofertadas no processo de liquidação do mercado *spot* passassem a considerar os requisitos (consumo/venda) e os recursos (contratos/geração) dos agentes para o horizonte de seis meses. O valor de garantia aportado passaria a refletir o mês anterior já contabilizado, o mês em curso e os próximos quatro meses. Esta proposta foi submetida a Audiência Pública 046/2008 e resultou na Resolução ANEEL n.º 336/2008. A nova sistemática permite calcular a expectativa real de exposição de agente no mercado *spot* e determinar o valor da garantia que deve ser aportada *ex ante*, garantindo mais robustez às operações desse segmento." MAGALHÃES, Gerusa; PARENTE, Virgínia. O mercado atacadista à câmara de comercialização de energia elétrica: a evolução de um novo paradigma regulatório no Brasil. *Revista Brasileira de Energia,* São Paulo, v. 15, n. 2, p. 75, 2009.

[426] A Resolução ANEEL n.º 531/2012 estabelece as condições, metodologia de cálculo das garantias financeiras associadas ao mercado de curto prazo. Sobre a metodologia de cálculo e acréscimo de 5%, ver os artigos 2º e 3º da Resolução.

[427] Conforme art. 7º da Resolução ANEEL n.º 531/2012.

[428] Conforme art. 5º, III, da Resolução ANEEL n.º 545/2013.

[429] CCEE. *Regras de Comercialização* ..., p. 6-12. A obrigatoriedade de suportar a inadimplência no mercado de curto de curto deve-se ao art. 17, IV, da Convenção de Comercialização.

contabilização e liquidação, os agentes possuem obrigações decorrentes do vínculo com a CCEE, como as relacionadas ao pagamento de contribuições associativas[430], emolumentos, despesas de leilões, e outros valores. Ou ainda aquelas necessárias para o funcionamento do sistema como um todo, como os encargos indicados nas Regras de Comercialização[431] e outras tarifas aplicáveis (notadamente as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição). O inadimplemento de tais obrigações também enseja aplicação de penalidades e causa o desligamento do agente da CCEE.

De forma geral, o incumprimento das obrigações dos agentes com o plano plurilateral da comercialização de energia, além da reparação dos prejuízos causados ao mercado como um todo, provoca a aplicação de penalidades de caráter pecuniário e o desligamento do agente faltoso com suas obrigações da CCEE. Este último aspecto é de grande relevância, tendo em vista que, em verdade, representa a exclusão do inadimplente do mercado de energia elétrica.

A Resolução ANEEL n.º 545/2013 disciplina as condições e procedimentos aplicáveis ao desligamento de agentes no âmbito da CCEE. O artigo 2º da Resolução indica três hipóteses de desligamento, sendo elas: a compulsória, a voluntária, e aquela por inadimplemento. A forma compulsória dar-se-á quando

---

[430] "Conforme disciplina o art. 11 do Decreto nº 5.177, de 2004, o patrimônio da CCEE é constituído por contribuições dos agentes, eventuais subvenções e doações, receitas resultantes de ressarcimento de custos e despesas, recebimento de emolumentos, aplicação dos recursos sociais, e pelos bens móveis e imóveis, títulos, valores e direitos pertencentes, ou que venham a pertencer, à CCEE. Com relação ao custeio, a CCEE, como organização civil de direito privado e sem fins lucrativos, tem seus custos totais, incluindo os operacionais e de investimento decorrentes de atividades realizadas para seu funcionamento, rateados entre todos os agentes, proporcionalmente aos votos atribuídos para participação nas Assembleias Gerais." CCEE. *Regras de Comercialização – Votos e Contribuição Associativa*. São Paulo: CCEE, 2013, p. 11. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[431] As Regras de Comercialização definem tais encargos como "os custos incorridos na manutenção da confiabilidade e da estabilidade do sistema para atendimento da demanda por energia no Sistema Interligado Nacional (SIN), e que não estão incluídos no Preço de Liquidação das Diferenças (PLD) estabelecido *ex-ante* pela CCEE para cada semana e patamar de carga". Tais regras subdividem estes em duas categorias principais: Encargos de Serviços do Sistema (ESS), necessários à manutenção do sistema, são rateados apenas entre os agentes de consumo e são compostos por Encargos de Serviços Ancilares e Encargos por Restrição de Operação; e os Encargos por Aversão a Risco, que serão rateados conforme a exposição ao mercado de curto prazo quando houver despacho fora da ordem mérito ou ultrapassagem da curva de aversão a risco e a energia comercializada nos últimos 12 meses, sendo compostos pelos Encargos por Segurança Energética e Encargos por Ultrapassagem da Curva de Aversão a Risco. Para maiores detalhes a respeito desses encargos ver: CCEE. *Regras de Comercialização – Encargos*. São Paulo: CCEE, 2013, p. 4-14. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

forem extintas as outorgas de concessão, permissão, ou autorização de sua titularidade, bem como com o cancelamento dos registros de empreendimentos de geração que forem modelados na CCEE.[432] O desligamento voluntário ocorre, evidentemente, quando o agente solicita sua exclusão, e apenas se dará após o cumprimento de todas as obrigações deste com o mercado. É possível que o pedido de desligamento voluntário venha acompanhado da sucessão de agentes, assumindo o sucessor todos os direitos e obrigações vencidas e vincendas do sucedido.[433] No entanto, para os fins do presente trabalho, o desligamento por inadimplemento do agente assume maior relevância. O art. 5º da Resolução ANEEL n.º 545/2013 estabelece as condições principais para o desligamento por inadimplemento da CCEE:

> Art. 5.º Enseja o desligamento de um agente da CCEE o descumprimento, no âmbito da CCEE, das obrigações estabelecidas pelas normas vigentes, notadamente a Convenção de Comercialização, os Procedimentos de Comercialização e o Estatuto Social da CCEE, incluindo o inadimplemento atinente a:
>
> I - liquidação financeira do mercado de curto prazo;
>
> II - penalidade de qualquer natureza, inclusive multas;
>
> III - constituição de garantias financeiras;
>
> IV - contribuição associativa;
>
> V - despesas de leilão;
>
> VI - emolumentos;
>
> VII - liquidação financeira relativa à contratação da energia de reserva;
>
> VIII - liquidação financeira relativa a apurações do Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits - MCSD;
>
> IX - liquidação financeira relativa às cotas de que trata o Decreto no 7.805, de 14 de setembro de 2012;
>
> X - liquidação financeira da receita de venda de Angra 1 e 2; e
>
> XI - demais valores devidos no âmbito da CCEE.

Essa forma de desligamento se dá após processo administrativo realizado no âmbito da CCEE, sujeito à impugnação na ANEEL, disciplinado pelos artigos 6º e seguintes da Resolução ANEEL n.º 545/2013. Para os agentes que possuem outorga de concessão, permissão, autorização ou registro o inadimplemento irá

---

[432] Conforme art. 2º, I, e art. 3º da Resolução ANEEL n.º 545/2013.

[433] Conforme art. 2º, II, e art. 4º da Resolução ANEEL n.º 545/2013.

causar o seu desligamento da CCEE e a cassação da outorga ou cancelamento do registro na ANEEL (essa segunda consequência por meio de processo administrativo na Agência).[434] O agente de distribuição apenas será plenamente excluído quando for substituído por um novo agente outorgado sob o mesmo perfil. Em relação aos empreendimentos de geração, será criado um perfil específico do gerador desligado, para a contabilização da energia gerada, e amortização de seus débitos.[435] Para os consumidores especiais ou livres esse processo implicará no seu desligamento da CCEE e na suspensão do fornecimento de energia.[436] É importante frisar que mesmo ocorrendo o desligamento, continuará o agente responsável pelo cumprimento de todas as suas obrigações perante o mercado, devendo os débitos ser apurados, consolidados e rateados entre todos os credores, na proporção de seus créditos, de acordo com o estabelecido no art. 17, §1º, V, da Resolução ANEEL n.º 545/2013.

No âmbito bilateral da comercialização de energia, a consequência mais relevante do desligamento dos agentes de geração, consumidores e comercializadores é o cancelamento do registro de todos os contratos de compra e venda por ele celebrados, tanto no ACL, quanto no ACR. Desse modo, tais contratos perdem sua eficácia, expondo as contrapartes do inadimplente ao mercado de curto prazo. Ou seja, o inadimplemento do plano plurilateral acarretará também no não cumprimento das obrigações no plano bilateral da compra e venda de energia. Dessa forma, para mitigar as decorrentes consequências danosas para os agentes que mantém relações contratuais com o desligado, o parágrafo 2º do art. 17 da Resolução ANEEL n.º 545/2013 concede prazo de noventa dias, sem a aplicabilidade de penalidades por insuficiência de lastro ou cobertura de energia e potência, para tais agentes prejudicados firmarem novos contratos em substituição aos montantes anteriormente adquiridos ou vendidos.

Por todo o exposto, constata-se que o cumprimento das obrigações e seu respectivo inadimplemento assumem características muito específicas na comercialização de eletricidade. Estas decorrem do inter-relacionamento dos

[434] Conforme art. 5º, §1º e art. 26 e seguintes da Resolução ANEEL n.º 545/2013.

[435] Conforme art. 17º, II, § art. 15 e art. 16 da Resolução ANEEL n.º 545/2013.

[436] Conforme art. 5º, §3º, art. 15 e art. 16 da Resolução ANEEL n.º 545/2013.

diferentes planos que compõem operação econômica em questão, que demandam uma visão que seja simultaneamente singular e plural das relações necessárias para a sua consecução.

Como *locus* para o desenvolvimento dessas relações, a reforma setorial implementada a partir de 2004 edificou dois diferentes ambientes para a negociação e aquisição de energia elétrica. De acordo com o já tratado na Parte I deste estudo, estes possuem como nota distintiva os tipos de consumidores a que se destina a energia e os modelos de competição na cadeia produtiva de eletricidade. Para ser possível a viabilização de tais estruturas, foi também necessária a formulação de diferentes formas contratuais típicas, ora com prevalência de aspectos públicos, ora de aspectos privados, que permitissem o desenvolvimento de tais relações em consonância com o modelo setorial proposto. Destarte, como etapa final desta pesquisa, mostra-se necessário introduzir as diferentes modalidades contratuais desses ambientes, o que será feito nos capítulos subsequentes, iniciando-se pelos contratos no Ambiente de Comercialização Livre.

6 CONTRATOS DO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE

Uma vez apresentados os traços gerais da compra e venda de energia elétrica e da estrutura de redes contratuais que a sustenta, inicia-se a análise das espécies contratuais de comercialização de eletricidade pelos contratos situados no Ambiente de Contratação Livre (ACL).

À luz do exposto na Primeira Parte deste estudo, o Ambiente de Contratação Livre de energia elétrica foi instituído pela Lei n.º 10.848/2004, que determinou o prosseguimento da livre forma de contratação do RE-SEB apenas para uma categoria restrita de compradores, excluindo as distribuidoras de energia elétrica.[437] Este ambiente de contratação é definido pelo inciso II, do § 2º, do Art. 1º do Decreto n.º 5.163/2004 como: “o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais livremente negociados, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos.”

Ao analisar a disposição legal, constata-se que o elemento central que diferencia o Ambiente de Contratação Livre (ACL) do Ambiente de Contratação Regulada (ACR) é a possibilidade de contratação bilateral baseada na livre negociação das partes e as partes às quais a energia é destinada. Há, portanto, um maior espaço para a autonomia privada na definição dos caracteres centrais das modalidades de contratos existentes. Isso porque esse ambiente de contratação não visa o atendimento dos consumidores cativos de energia, que se encontram sob o monopólio dos agentes de distribuição, que devem, por sua vez, adquirir sua energia no ACR, de modo geral.

Não obstante, deve ser ressaltado que o ACL, ainda que garanta maior liberdade negocial aos seus participantes, possui uma regulação muito presente, tendo em vista que, por óbvio, faz parte do setor elétrico, transaciona um bem

---

[437] Lei n.º 10.848/2004 – Art. 1º, § 3º - “A contratação livre dar-se-á nos termos do art. 10 da Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei.”

Lei n.º 9.648/1998 – Art. 10. “Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição:”

essencial, estando submetido ao marco regulatório setorial. Veja que ao final do art. 1º, §2º, está expressamente estabelecido que a livre negociação se dará "*conforme regras e procedimentos de comercialização específicos*". Ou seja, ainda que exista maior espaço para a autonomia contratual no ACL, esta sofrerá relevantes limitações pela estrutura de regulação pertinente.

Tendo em vista a maior margem de liberdade negocial que pretende garantir, o ACL possui uma menor quantidade de espécies contratuais disciplinadas pela estrutura normativa. Em verdade, há como espécie geral os Contratos de Comercialização de Energia em Ambiente Livre (CCEAL) e como subespécies deste: os Contratos de Comercialização de Energia Incentivada (CCEI); e os Contratos de Bilaterais de Cessão de Energia Elétrica.[438] A principal nota distintiva entre as diversas espécies contratuais do ACL é a característica das partes contratantes, principalmente no que se refere aos diferentes níveis de carga, perfis de consumo e fonte de geração de energia. Ainda, conforme ficará claro ao longo da exposição, esses contratos possuem ainda outras peculiaridades que demandam uma análise individualizada de suas características essenciais.

Todos os contratos que forem negociados no ACL devem ser registrados na CCEE para participarem dos procedimentos de Contabilização e Liquidação de Diferenças. Esta obrigatoriedade encontra expressa previsão legal no art. 56 do Decreto nº 5.163/04, e no art. 7º da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica.[439] Em tal registro devem ser informados apenas os dados necessários para

---

[438] Podem ser mencionados também os contratos de geração própria e os contratos de lastro para CCEAR. No entanto, estes não serão aqui analisados devido às limitações quanto ao objeto do presente estudo. Os primeiros em verdade são um mecanismo para a formalização de uma operação de autoprodução, sendo firmados entre "um gerador não especial e um consumidor especial com mesmo CNPJ ou participante de Sociedade de Propósito Específico - SPE da geração equiparada a autoprodutor pela ANEEL". Por sua vez, os segundos são CCEAL com a finalidade de recomposição de lastro para CCEAR devido à indisponibilidade de usinas (em CCEARs por disponibilidade) ou para o caso de usinas em atraso (em CCEARs por quantidade ou disponibilidade). CCEE. *Procedimentos de Comercialização – Submódulo 3.1.* São Paulo: CCEE, p. 3. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 21/07/2013.

[439] Decreto n.º 5.163/2004 – "Art. 56. Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica firmados pelos agentes, seja no ACR ou no ACL, deverão ser registrados na CCEE, segundo as condições e prazos previstos em procedimento de comercialização específico, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL, nos casos aplicáveis."

Convenção de Comercialização de Energia Elétrica (Resolução ANEEL n.º 109/2004) "Art. 7º - Todos os contratos de compra e venda de energia elétrica e respectivas alterações deverão ser registrados na CCEE, independentemente da data de início de suprimento, inclusive para fins de Contabilização e Liquidação Financeira, segundo as condições e prazos previstos em Procedimentos

a contabilização, principalmente as quantidades de energia os prazos e períodos de entrega.

Apresentadas essas considerações gerais sobre os contratos do Ambiente de Contratação Livre, passa-se então a analisar as diferentes espécies contratuais mencionadas, partindo-se dos Contratos de Comercialização de Energia em Ambiente Livre (CCEAL).

6.1 CONTRATOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA EM AMBIENTE LIVRE (CCEAL)

Inicia-se a análise das espécies contratuais do ACL pelos Contratos de Comercialização de Energia em Ambiente Livre (CCEAL). Estes constituem a espécie mais usual de compra e venda no ambiente livre, e são figuras análogas aos contratos bilaterais previstos para a compra e venda de energia no MAE no modelo setorial do RE-SEB.[440]

Esta consiste na espécie contratual de comercialização de eletricidade em que é dada maior amplitude à autonomia aos contratantes na estipulação do conteúdo do negócio. Não obstante, é necessário reiterar a advertência anteriormente feita quanto ao fato de que essa autonomia não é ilimitada, mas sim, fortemente delimitada pela estrutura regulatória setorial.

Primeiramente, não são todos os agentes que podem figurar como partes de tal relação contratual. Nesse sentido, o artigo 47 do Decreto n.º 5.163/2004 e o parágrafo 2º do art. 4º da Convenção de Comercialização (Resolução ANEEL n.º 109/2006) definem quais são os agentes de mercado que possuem legitimidade à pactuação de CCEAL, sendo eles: agentes de comercialização, de geração, de

---

de Comercialização específicos, sem prejuízo de seu registro, aprovação ou homologação pela ANEEL.”

[440] “Os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente de Contratação Livre (CCEAL) resultam da livre negociação entre os agentes, respeitada a legislação/regulamentação vigente, sem a interferência da CCEE. Destaca-se que para fins de classificação de contrato no processo de contabilização, os contratos bilaterais celebrados em data anterior à publicação da Lei n.º 10.848, de 2004, onde uma parte é uma concessionária de distribuição, serão incluídos no conjunto de CCEALs, por possuírem processos de sazonalização e modulação semelhantes.” CCEE. *Regras de Comercialização – Contratos*. São Paulo: CCEE, 2013, p. 11. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

exportação, de importação, e consumidores livres. De forma geral, a partir da vigência da Lei n.º 10.848/2004, são partes ilegítimas para figurar no CCEAL as distribuidoras de energia que devem adquirir sua eletricidade no ACR. No entanto, os contratos bilaterais firmados anteriormente a 16 de março de 2004, pelas distribuidoras no MAE, com período de vigência superior à publicação da Lei n.º 10.848/2004, serão registrados no processo de contabilização e liquidação da CCEE sob a forma de CCEAL, por possuírem modos de sazonalização e modulação semelhantes, ainda que juridicamente sejam tão somente análogos a estes últimos.[441] De igual forma, são considerados CCEAL, para fins de contabilização e liquidação, os contratos firmados pelos agentes de distribuição com mercado próprio inferior a 500 GWh/ano e os contratos de geração distribuída.[442]

O parágrafo 3º. do art. 4º da Convenção de Comercialização estabelece um conteúdo mínimo aos contratos de compra e venda no ACL, ao determinar que estes "deverão prever, entre outras disposições, montantes de energia e de potência, prazos, preços e Garantias Financeiras". Ou seja, ainda que haja um maior grau de liberdade negocial, devem ao menos ser estabelecidas as quantidades de energia comercializada, o prazo de entrega desta, o preço cobrado pelo vendedor, e as garantias financeiras necessárias à liquidação do contrato.

Em que pese o conteúdo mínimo estabelecido pela regulamentação, a forma do contrato é livre, não havendo formato pré-definido em lei. Porém, é necessário o seu registro perante a CCEE. Logo, no âmbito da CCEE, cada CCEAL será identificado como um relacionamento comercial estabelecido entre determinado agente vendedor e outro agente comprador. Ao vendedor cumprirá a realização do registro, que para ter validade perante o resto do mercado, deverá ser validado pelo comprador. O local de registro do CCEAL será o submercado onde no qual deve ser entregue a energia. Desta maneira, a CCEE irá conseguir "identificar os CCEALs e

---

[441] Em tal hipótese o objeto do CCEAL da distribuidora a ser registrado na CCEE deverá refletir o objeto original do contrato registrado na ANEEL, conforme determina o Submódulo 3.1 dos Procedimentos de Comercialização: "3.16. O registro do CCEAL no SCL cujo comprador é agente de distribuição deve refletir o objeto do contrato original registrado na ANEEL.

3.16.1. A CCEE deve monitorar permanentemente o registro desses contratos em conjunto com a ANEEL e considerar o registro inválido, não gerando quaisquer efeitos no âmbito da CCEE, quando a premissa 3.16 for descumprida." CCEE. *Procedimentos de Comercialização – Submódulo 3.1., op. cit.*

[442] *Ibidem*, p. 3.

os respectivos limites relativos a agentes que tenham direito ao alívio de exposição, função da diferença de preços nos submercados origem e destino, por meio do eventual excedente financeiro apurado."[443]

De forma geral, o processo de definição do preço da energia contratada no ACL será livremente estabelecido pelos pactuantes. Todavia, para os agentes vendedores sob controle estatal, com base no art. 54 do Decreto n.º 5.163/2004, a venda de energia se dará sob a forma de leilão, chamadas ou ofertas públicas para os possíveis agentes compradores – para os consumidores participantes do ACL a venda se dará mediante leilões. Tal medida se dá em função da necessidade de garantir a transparência, publicidade e igualdade de acesso aos interessados na produção energética de tais agentes estatais.[444]

Em relação à quantidade de energia contratada, caberá às partes definirem os montantes totais que serão comprados e vendidos entre si. Porém, apenas a quantidade total de energia não é suficiente para a participação das partes no processo de contabilização e liquidação de diferenças, esses montantes deverão ser distribuídos em volumes mensais e horários durante o prazo de vigência do contrato, por meio dos já mencionados mecanismos de sazonalização e modulação. Caso estes não sejam realizados *ex ante* pelas partes, nos prazos definidos para o período de registro e validação de registro nos Procedimentos de Comercialização

---

[443] CCEE. *Regras de Comercialização – Contratos* ..., p. 21.

[444] O Decreto 5.163/2004 estabelece ainda um regime de transição da passagem do RE-SEB para o Novíssimo Modelo, com a possibilidade de oferta pública e aditamento de contratos para agentes consumidores:

"Art. 54,

II - Oferta pública para atendimento à expansão da demanda de consumidores existentes ou a novos consumidores;

IV - aditamentos de contratos de fornecimento de energia elétrica, em vigor no dia 26 de agosto de 2002, firmados entre os agentes vendedores de que trata o *caput* e seus consumidores finais, com vigência até 31 de dezembro de 2010;

§ 2º. Os aditamentos previstos no inciso IV do *caput* somente poderão ser celebrados após a segmentação e a imediata substituição dos atuais contratos de fornecimento de energia por contratos equivalentes de conexão e uso dos sistemas de transmissão ou distribuição e de compra de energia elétrica, observado o seguinte:

I - o contrato de compra e venda de energia elétrica deverá ser celebrado com o respectivo agente vendedor; [...]

§ 3º. A tarifa aplicada nos contratos de compra e venda de energia elétrica mencionados no § 2º. deverá ser calculada com base nas tarifas de fornecimento vigentes, deduzidas as tarifas de uso das instalações de transmissão ou de distribuição e as tarifas de conexão, fixadas pela ANEEL."

aplicáveis, automaticamente CCEE o fará, distribuindo de modo uniforme a eletricidade contratada em montantes mensais e horários. É importante ressaltar que as partes podem, ao longo da relação contratual, ajustar os montantes contratados nos sistema de contabilização e liquidação de diferenças da CCEE. Evidentemente, os volumes de energia sazonalizados e modulados não poderão exceder a quantidade anual e mensal contratada, respectivamente. De acordo com o Submódulo 3.1, dos Procedimentos de Comercialização, a modulação poderá se dar por meio das seguintes formas:

> a) Declarada. Livremente acordada entre as partes, sendo necessária a indicação da modulação hora/hora para o mês a ser contabilizado;
>
> b) Flat;
>
> c) Carga. De acordo com o perfil de carga do agente comprador, no mês a ser contabilizado, sendo necessária a indicação de, ao menos, uma de suas cargas para o mês a ser contabilizado;
>
> d) Geração. De acordo com o perfil de geração do agente vendedor, no mês a ser contabilizado, sendo necessária a indicação de, ao menos, uma de suas usinas para o mês a ser contabilizado;
>
> e) MRE. De acordo com a curva de geração verificada no portfólio de todas as usinas pertencentes ao MRE no mês a ser contabilizado.[445]

Verifica-se, assim, que as partes possuem elevado grau de flexibilidade para estabelecer mecanismos adequados de sazonalização e modulação em seus contratos, de forma a melhor ajustá-los às suas disponibilidades e necessidades energéticas. De forma geral, as referidas condições são válidas para todas as espécies de CCEAL, que admitem as mesmas formas de distribuição dos montantes de energia vendidos e adquiridos ao longo da relação contratual.

No entanto, em que pese as referidas características gerais, devem ainda

---

[445] A referida forma de modulação é válida para praticamente todas as formas de CCEAL, exceto aquelas em que as distribuidoras figurarem como compradoras. Nessa hipótese, os Procedimentos de Comercialização estabelecem uma forma específica de modulação: "A modulação de montantes de energia contratados em CCEAL celebrados entre empresas do mesmo grupo econômico, cujo comprador seja agente de distribuição e em conformidade com a premissa 3.16, é realizada, conforme indicação da ANEEL, utilizando um dos seguintes critérios:

a) de acordo com o perfil de carga do agente comprador;

b) conforme curva de geração verificada do portfólio de usinas;

c) flat; ou

d) declarada pelo agente, livremente acordada *ex-ante* entre as partes." CCEE.*Procedimentos de Comercialização – Submódulo 3.1*, *op. cit*.

ser analisadas as especificidades das mencionadas subespécies de CCEAL, devido às peculiaridades que lhes são imanentes.

6.2 CONTRATOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA INCENTIVADA (CCEI)

A primeira das subcategorias de CCEAL a ser verificada é a dos Contratos de Comercialização de Energia Incentivada (CCEI), estabelecida pelo legislador com o objetivo de promover a produção de energia por fontes alternativas e de menor porte.

Para estimular a produção de energia por tais fontes, a Lei n.º 9.427/1996 dispõe, nos parágrafos 1º e 5º do seu art. 26, que os agentes que comercializarem sua energia por meio de CCEI terão direito a desconto não inferior a 50% (cinquenta por cento) sobre as tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão (TUSD e TUST), podendo chegar a até 100% (cem por cento), conforme a fonte utilizada e o ato autorizativo do gerador. O referido desconto incidirá tanto nas tarifas dos agentes compradores quanto daqueles que forem vendedores. No entanto, para fazer jus a tal desconto vendedores e compradores deverão possuir algumas características específicas.

De forma genérica, os vendedores passíveis de celebrar os CCEI são todos aqueles que possuem empreendimentos com potência instalada igual ou inferior a 1.000kW, independentemente de qual fonte for utilizada para gerar a energia. No caso específico da geração hidráulica, poderão se utilizar de contratação de pequenas centrais hidrelétricas, com potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW. Por derradeiro, para as fontes de geração alternativa, em especial aquelas que se utilizam de fonte primária energia solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada[446], também com potência superior a 1.000 kW e igual ou

[446] A cogeração e cogeração qualificada são definidas pelo art. 3º, I, II, da Resolução ANEEL n.º 235/2006, da seguinte forma: “I – Cogeração: processo operado numa instalação específica para fins da produção combinada das utilidades calor e energia mecânica, esta geralmente convertida total ou parcialmente em energia elétrica, a partir da energia disponibilizada por uma fonte primária, observando que:

a) a instalação específica denomina-se central termelétrica cogeradora, cujo ambiente não se confunde com o processo ao qual está conectada, sendo que, excepcionalmente e a pedido do interessado, a cogeração poderá alcançar a fonte e as utilidades no processo, além das utilidades

inferior a 30.000 kW.[447] Posteriormente, a Lei n.º 11.943/2009 ampliou os limites da geração hidráulica e de fontes alternativas do art. 26, §5º, da Lei n.º 9.427/1996 para 50.000kW, quando vendida aos consumidores especiais.[448] Esses agentes geradores são denominados pela Resolução ANEEL n.º 247/2006, que regulamenta a referida disposição normativa, como Agentes Geradores Incentivados.

No outro polo da relação contratual aqui analisada estão situados os agentes compradores em geral, merecendo, no entanto, especial enfoque pela regulamentação os denominados Consumidores Especiais. Estes são definidos pelo art. 1º, §1º, inciso I, Resolução ANEEL n.º 247/2006 como aquelas unidades consumidoras "ou conjunto de unidades consumidoras do Grupo 'A'[449], integrante(s) do mesmo submercado no SIN, reunidas por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500 kW". Para serem qualificados como conjunto de unidades consumidoras reunidas por comunhão de interesse ou de fato ou de direito estas devem estar localizadas em áreas contíguas ou possuírem mesmo CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), na hipótese de estarem em localidades não contíguas. A mencionada carga é comprovada por meio do montante de uso contratado, individualmente ou em conjunto em qualquer segmento

---

produzidas pela central termelétrica cogeradora a que está conectado, condicionando aquelas à exequibilidade de sua completa identificação, medição e fiscalização, a critério exclusivo da ANEEL; e

b) a obtenção da utilidade eletromecânica ocorre entre a fonte e a transformação para obtenção da utilidade calor;

II - Cogeração qualificada: atributo concedido a cogeradores que atendem os requisitos definidos nesta Resolução, segundo aspectos de racionalidade energética, para fins de participação nas políticas de incentivo à cogeração;"

[447] Os procedimentos de comercialização da CCEE apresentam subcategorias dos contratos de comercialização de energia incentivada de acordo com a fonte:

"Contrato de Comercialização de Energia Incentivada de Cogeração Qualificada – CCEICOGQ: neste contrato a parte vendedora é um agente com perfil de geração ou de comercialização associado à energia oriunda de usinas de cogeração qualificada;

Contrato de Comercialização de Energia Incentivada Especial – CCEIE: neste contrato a parte vendedora é um agente com perfil associado a energia de usinas enquadradas no §1º do art.26 da Lei nº 9.427/1996, com exceção de usinas de cogeração qualificada" CCEE.*Procedimentos de Comercialização – Submódulo 3.1*..., *op. cit*, p. 3.

[448] Esses contratos também recebem denominação específica nos procedimentos de comercialização: "Contrato de Comercialização de Energia Convencional Especial - CCECE: a parte vendedora é um agente com perfil associado à energia oriunda de usinas enquadradas no §5º do art. 26 da Lei nº 9.427/1996." *Ibidem, loc. cit.*

[449] Conforme já exposto anteriormente no capítulo referente aos consumidores, no Grupo "A", de forma geral, estão aqueles atendidos pela rede de alta tensão – entre 2,3 e 230 quilovolts (kv).

horo-sazonal, de, no mínimo, 500 kW.[450] Existe também a figura dos comercializadores de energia incentivada, que adquirem e vendem eletricidade apenas fontes incentivadas.

Os CCEI apresentam também algumas peculiaridades em relação ao seu lastro e garantia física. A garantia física para a venda de energia incentivada no caso de PCHs será a energia assegurada sazonalizada destas, quanto às demais fontes que forem despachadas centralizadamente serão os valores determinados pelo Ministério das Minas e Energia, e, finalmente, em relação às fontes que não se enquadrarem em nenhuma destas categorias, será a energia efetivamente gerada. Por sua vez, o lastro dos agentes vendedores será composto por suas garantias físicas e pelos demais CCEIs que forem por eles firmados. É permitido ao vendedor a complementação da energia vendida em seus contratos, por meio de fontes de energia convencional, todavia, devem estas se limitarem a 49% das quantidades do CCEI por eles vendido, sob pena de perder a integralidade do desconto da TUST e da TUSD.

O desconto nas tarifas devido à utilização de energia incentivada é repassado pelo agente vendedor ao comprador, sendo proporcional ao lastro e às fontes utilizadas pelo primeiro. Portanto, o desconto na energia vendida pelo agente de geração afetará toda a cadeia de comercialização, sendo repassado aos comercializadores de energia incentivada e aos consumidores finais. Nesta hipótese,

---

[450] Conforme o art. art. 1º, §1º, inciso I, Resolução ANEEL n.º 247/2006. Uma vez que os segmentos tarifários horo-sazonais não foram enfrentados neste trabalho, é necessário apontar algumas características de tal estrutura tarifária: “A estrutura tarifária horo-sazonal é caracterizada pela aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica e de demanda de potência, de acordo com as horas de utilização do dia e dos períodos do ano. O objetivo dessa estrutura tarifária é racionalizar o consumo de energia elétrica ao longo do dia e do ano, motivando o consumidor, pelo valor diferenciado das tarifas, a consumir mais energia elétrica nos horários do dia e nos períodos do ano em que ela for mais barata.

Para as horas do dia são estabelecidos dois períodos, denominados postos tarifários. O posto tarifário ‘ponta’ corresponde ao período de maior consumo de energia elétrica, que ocorre entre 18 e 21 horas do dia. O posto tarifário ‘fora da ponta’ compreende as demais horas dos dias úteis e as 24 horas dos sábados, domingos e feriados. As tarifas no horário de ‘ponta’ são mais elevadas do que no horário ‘fora de ponta’.

Já para o ano, são estabelecidos dois períodos: ‘período seco’, quando a incidência de chuvas é menor, e ‘período úmido’ quando é maior o volume de chuvas. As tarifas no período seco são mais altas, refletindo o maior custo de produção de energia elétrica, devido à menor quantidade de água nos reservatórios das usinas hidrelétricas, provocando a eventual necessidade de complementação da carga por geração térmica, que é mais cara. O período seco compreende os meses de maio a novembro e o período úmido os meses de dezembro a abril.” ANEEL. *Cadernos Temáticos - Tarifas de Fornecimento de Energia Elétrica*. Brasília: Aneel, 2005, p. 12.

caso o gerador se utilize de fontes geração próprias e de contratos de outros agentes vendedores de energia incentivada com descontos inferiores, o desconto será proporcional às diversas fontes e será repassado a todos os contratos de venda posteriores.

De igual forma, o desconto observado pelos consumidores especiais ou livres será proporcional às compras por eles efetuadas. Logo, caso estes adquiram energia de diversos compradores, com diferentes percentuais de desconto tarifário, o valor a ser descontado de suas tarifas será proporcional à média ponderada dos descontos existentes entre os diversos contratos de energia adquirida.

No processo de contabilização, as cargas especiais e cargas convencionais são tratadas separadamente, a fim de garantir que o vendedor e o comprador incentivados comprem e vendam apenas esse tipo de energia. Isso se dá por meio da criação de agentes vinculados aos agentes principais na CCEE, de forma a tornar possível a realização de tratamentos contábeis diferenciados. Para a liquidação financeira serão somados os débitos e créditos dos agentes principais e vinculados, sendo estes compensados. No entanto, para a apuração de penalidades o tratamento é feito considerando os agentes separadamente.[451]

6.3 CONTRATOS DE CESSÃO DE ENERGIA

Apresentadas as características gerais dos CCEAL e dos CCEI, cumpre agora analisar como os agentes no ACL, ao firmarem tais contratos, poderão ceder a energia por eles adquirida e que não tiverem interesse ou possibilidade de utilizá-la a outros agentes do mercado.

A possibilidade de cessão de energia entre agentes do ACL é recente e vem no contexto das mudanças implementadas na comercialização de energia, em 2012. Até então era vedado aos agentes consumidores cederem a terceiros a energia que viessem a adquirir por meio das modalidades contratuais já expostas. O problema da sobrecontratação de energia pelos consumidores era uma questão de menor

---

[451] CCEE. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, [2012]. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013, p. 66-67.

relevância no cenário anterior, uma vez que era permitido o registro *ex post* de energia contratada no ACL. Ou seja, comprador e vendedor poderiam registrar as quantidades contratadas depois que estas fossem efetivamente consumidas pelos primeiros.[452]

No entanto, a Portaria MME n.º 455/2012 veio alterar tal contexto, estabelecendo a necessidade contratação *ex ante* da eletricidade a ser consumida pelos consumidores livre e especiais. Primeiramente, a Portaria em questão estabeleceu no inciso I de seu art. 2º, um regime de transição até 1º de junho de 2013, em que os contratos seriam registrados com frequência mensal, mas que poderiam ser alterados após o registro de compra e venda dos montantes contratados, mesmo após a verificação do consumo.[453] Porém, na forma do inciso II do mesmo artigo, a partir 1º de julho de 2013, os registros deveriam ser feitos com frequência semanal, e só poderiam ser alterados antes do início da semana de entrega da energia. Ou seja, com a mudança estabelecida pelo referido texto normativo, os agentes deveriam obrigatoriamente contratar de maneira antecipada a energia que pretendem consumir. Isso implica maior capacidade de previsão de consumo que muitas vezes os consumidores livre e especiais não têm, devido às suas características e porte econômico, para implementarem internamente as ferramentas de gestão necessárias para preverem com precisão quanto de energia irão efetivamente consumir.

Tais medidas sofreram severas críticas da indústria, devido ao aumento de custos que causariam na energia do ACL e aos consumidores que adquirem sua energia em tal ambiente de contratação. Um dos principais questionamentos apresentados pelos consumidores à época de publicação da Portaria MME n.º 455/2012 foi justamente a impossibilidade de cessão de energia entre tais

[452] Nesse sentido assim estabelece o Módulo 3.1. de Procedimentos de Comercialização da CCEE: “3.5. [...] os CCEALs devem ser registrados pelo agente vendedor até MS+9du e validados pelo agente comprador até MS+10du, para que sejam considerados na contabilização e liquidação do referido mês.” *Op. cit., loc. cit.*

[453] Para dar conta de tal mudança foi alterado o Módulo 3.1. dos Procedimentos de Comercialização: “3.6 A partir da contabilização do mês de dezembro de 2012 e até a contabilização de junho de 2013, os CCEALs devem ser registrados pelo agente vendedor até MA–2du e validados pelo agente comprador até MA–1du, para que sejam considerados na contabilização e liquidação.

3.7. Os contratos registrados, de que tratam as premissas 3.5 e 3.6, podem ser ajustados pelo agente vendedor até MS+8du e devem ser validados pelo agente comprador até MS+9du.” *Ibidem.*

consumidores, de acordo com o marco normativo então vigente. Desta feita, por meio da Medida Provisória n.º 579/2012, posteriormente convertida na Lei n.º 12.783/2013, que dispunha sobre a prorrogação das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica e a redução de encargos setoriais com vistas à promoção da modicidade tarifária, restou estabelecida a possibilidade de cessão de eletricidade contratada entre consumidores livres e especiais. Dessa forma, o artigo 25 da Lei n.º 12.783/2013 assim estabeleceu:

> Art. 25. Os consumidores enquadrados nos arts. 15 e 16 da Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, e aqueles alcançados pelo disposto no § 5o do art. 26 da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, poderão ceder, a preços livremente negociados, montantes de energia elétrica e de potência que sejam objeto de contratos de compra e venda, registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, conforme diretrizes e condicionantes do Ministério de Minas e Energia e regulamentação da ANEEL.
>
> Parágrafo único. A cessão de que trata o *caput* deste artigo não alterará os direitos e obrigações estabelecidos entre os vendedores e os compradores nos contratos originais de compra e venda de energia.

Outrossim, em 4 de junho de 2013, foi publicada a Portaria MME n.º 185/2013, que alterou a Portaria MME n.º 455/2012, ampliando os prazos do período de transição do modelo anterior até 31 de janeiro de 2014, e o início do registro semanal *ex ante* dos montantes contratados para 1º de fevereiro de 2014. Tal Portaria ainda regulamentou o art. 25, da Lei n.º 12.783/2014, estabelecendo as condições gerais de cessão de montantes de energia elétrica e potência na CCEE.

No período em que esteve sendo redigida a presente dissertação, estava em discussão na ANEEL uma nova Resolução Normativa para disciplinar a contração de energia elétrica por consumidores no ACL e determinar à CCEE as alterações necessárias nos procedimentos e regras de comercialização aplicáveis.[454] Tal resolução pretende consolidar as regras atinentes à comercialização no ACL que estão presentes nas diversas outras resoluções normativas aplicáveis e adaptá-las às mudanças decorrentes de tal contexto. Porquanto, devido ao atual estágio de discussão do marco regulatório, para a explanação dos caracteres gerais da cessão de energia tratada no presente tópico, tomar-se-á como fundamento principal as disposições Portaria MME n.º 185/2013, por ser este, até o momento, o instrumento

---

[454] Conforme Nota Técnica n.º 102/2013-SEM/ANEEL, de 18/07/2013.

normativo que trata com maior profundidade a questão da cessão de energia no ACL.

Adentrando nas condições contratuais da cessão de energia em si, o art. 3º da mencionada Portaria estabelece que esta se dará a partir da livre negociação entre cedente e cessionário, sendo formalizada por meio de contrato bilateral de cessão. Poderá assumir a posição de cedente qualquer consumidor livre ou especial, e como cessionário, ambas as categorias de consumidores ou qualquer agente vendedor da CCEE.

Os direitos e obrigações serão os mesmos do contrato original, que também pode ser um contrato de cessão, que deverá estar registrado e validado na CCEE – o que igualmente deverá ocorrer com o posterior instrumento de cessão. A cessão de montantes de energia elétrica, na forma do inciso III do parágrafo único do art. 3º, da Portaria MME n.º 185/2013, evidentemente, possuirá como limites a quantidade eletricidade e o prazo final do contrato original. Em relação ao preço da energia cedida, conforme ocorre com as demais modalidades contratuais do ACL, este será formado a partir da livre negociação entre cedente e cessionário, não estando vinculado ao contrato original.

Ainda, deve ser observado que, conforme determina o parágrafo único do artigo 25 da Lei n.º 12.783/2013, a cessão de energia em questão não alterará os direitos e obrigações entre compradores e vendedores no negócio originário. Logo, trata-se de negócio jurídico autônomo, com eficácia condicionada pelo negócio de origem.

No plano do direito obrigacional, a cessão constitui hipótese de transmissão de obrigação, disciplinada no Código Civil de 2012 pelos seus artigos 286 a 298. Na transmissão de obrigações, ocorre uma alteração em um dos polos da relação jurídica, sejam eles ativos ou passivos. Na hipótese de alteração do polo ativo, ocorre denominada cessão de crédito e, por sua vez, a alteração no polo passivo recebe a nomenclatura de assunção de dívida. No caso de transferências de posições tanto ativas quanto passivas se dá a cessão de contrato ou cessão de posição contratual. As duas primeiras hipóteses de transmissão de obrigação encontram-se expressamente previstas na codificação civil, enquanto a terceira, embora seja admitida em função complexidade do tráfego jurídico na

contemporaneidade, não se encontra disciplina específica no Código.[455]

Ao analisar as características da cessão de energia no ACL, cumpre aqui relembrar que os contratos de comercialização de energia consistem em contratos de compra e venda contra documentos, sendo assim, o consumidor livre ou especial assume perante o vendedor da energia a posição de credor em relação à energia que ele futuramente irá fornecer ao sistema. Logo, os consumidores, ao cederem a energia por eles contratada no ACL realizam, em verdade, uma cessão de crédito, em que transmitem ao cessionário o direito de receber a energia que havia sido adquirida do agente vendedor originário. Tal cessão de direitos poderá ser total ou parcial, porém, estará limitada ao montante contratado originalmente.

Ressalte-se que a referida cessão, do ponto de vista obrigacional, mesmo sendo onerosa, não consiste em uma nova compra e venda de energia. Portanto, o consumidor, livre ou especial, não se transforma em um comercializador de energia por meio do mecanismo de cessão. Ao comercializador é permitido adquirir energia no mercado e revendê-la a outros agentes compradores. Na hipótese de inadimplemento de algum vendedor em relação à energia vendida ao comercializador, restam intocadas as obrigações deste último em relação aos seus compradores, uma vez que se trata de dois vínculos contratuais independentes, quais sejam: o contrato de compra e venda que forneceu energia ao comercializador e o contrato de compra e venda que o comercializador firmou com um terceiro comprador. Desse modo, o comercializador deverá novamente adquirir energia no mercado para reconstituir o lastro da energia por ele vendida.

Por outro lado, é diverso o caso da cessão de energia. Nesta hipótese, o consumidor adquire energia de determinado agente vendedor por meio do contrato de compra e venda, e cede parcialmente ou totalmente o crédito advindo da referida relação contratual a um terceiro agente comprador. Não há tradição ficta de energia como ocorre com os contratos de compra e venda, mas sim, a cessão do crédito existente perante o vendedor originário, passando a referida relação jurídica a ser trilateral. Desta feita, há interdependência entre os contratos, restando a eficácia do segundo condicionada ao primeiro. Em regra, caso ocorra de inadimplemento do contrato originário, não responderá perante o cessionário o consumidor cedente,

---

[455] LÔBO, Paulo. *Obrigações.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151-168.

mas sim, o vendedor original. A responsabilidade do cedente estará limitada à existência do crédito originário à época de celebração da cessão (conforme art. 295, do Código Civil), bem como pela validade e eficácia do negócio jurídico de base, mas não quanto à solvência do devedor. Por essas razões, a cessão de energia no ACL possui natureza jurídica diversa dos contratos de compra e venda do ACL, devendo ser considerada uma categoria distinta.

Apresentadas as principais modalidades contratuais no Ambiente de Contratação Livre, passa-se a seguir a analisar as diferentes espécies de contratos no Ambiente de Contratação Regulada, conforme se expõe no próximo capítulo.

7 CONTRATOS DO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO REGULADA

No modelo setorial implementado a partir da Lei n.º 10.848/2004 foi mantida grande parte da estrutura competitiva anterior, baseada na livre concorrência em um mercado de atacado e de varejo. Não obstante, firmou-se no marco regulatório uma divisão explícita entre os diferentes modelos competitivo setoriais, de acordo com os agentes da cadeia produtiva a quem a energia é destinada.

A estrutura de competição no varejo, destinada a atender comercializadores e consumidores livres ou especiais, restou em grande parte mantida no Ambiente de Contratação Livre (ACL). Apenas foram aprofundados os instrumentos necessários para a formação de um mercado competitivo, de modo a levar em conta as características e a significação social do bem "energia elétrica".

No entanto, em relação ao mercado de atacado, que possui o objetivo de abastecer os agentes distribuidores que atendem aos consumidores cativos, o modelo realizou uma ruptura com o anterior, criando um mercado específico, com maior intensidade de regulação quanto à forma de aquisição da energia. Há, assim, prevalência neste mercado dos aspectos de direito público na contratação de energia, reduzindo-se os espaços de incidência dos princípios liberais do contrato, em especial, a autonomia da vontade. Este mercado foi denominado como Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e se encontra estruturado sob três premissas essenciais.

Primeiramente, o art. 1º, §2º, da Lei n.º 10.848/2004, determina que as distribuidoras de energia elétrica apenas poderão adquirir a energia necessária para o abastecimento de seu mercado consumidor no ACR:

> §2º Submeter-se-ão à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º. desta Lei, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado.[456]

O referido dispositivo legal passa a impedir que os agentes de distribuição

[456] Art. 1º, §2º da Lei n.º 10.848/2004.

comprem energia de forma bilateral e livre como podiam fazer anteriormente. Embora, conforme visto, o ACL também esteja submetido à regulação setorial, no ACR esta regulação é muito mais presente, deixando pouca margem à autonomia negocial dos agentes de distribuição. Enquanto nos CCEALs é possível a livre negociação das disposições contratuais, nos CCEARs, por exemplo, o contrato com todas suas cláusulas já vem pronto e acabado no edital de leilão organizado pelo Estado. Em outros, a contratação é praticamente obrigatória, e decorre da condição de concessionário de serviço público, como nos contratos de distribuição de cota parte da energia de Itaipu Binacional. Para a garantia da segurança jurídica na implantação do referido marco legal, foram mantidos os contratos bilaterais firmados pelas distribuidoras até a data da publicação da lei, restando esses registrados no ACL. Sem embargo, os contratos posteriores à publicação da lei deveriam se submeter ao ACR e às novas regras de contratação estabelecidas.

A segunda premissa está fundada na obrigação dos agentes de distribuição de contratarem previamente cem por cento da carga projetada para o atendimento do seu mercado consumidor. Essa obrigação é implicitamente determinada pelo art. 2º da Lei n.º 10.848/2004, e estabelecida de modo explícito no art. 2º, II, do Decreto n.º 5.163/2004, este último citado abaixo:

> Art. 2º. Na comercialização de energia elétrica de que trata este Decreto deverão ser obedecidas, dentre outras, as seguintes condições:
>
> II - os agentes de distribuição deverão garantir, a partir de 1º. de janeiro de 2005, o atendimento a cem por cento de seus mercados de energia e potência por intermédio de contratos registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados pela ANEEL; e[457]

Logo, as distribuidoras de eletricidade não poderão ficar sem cobertura de contratos de compra de energia registrados na CCEE em quantidade suficiente para o atendimento integral de seus mercados. Essa medida visa, por um lado, garantir a segurança energética dos consumidores cativos e, por outro, estimular a ampliação do parque gerador.

Como terceira e final premissa do ACR, o marco regulatório determinou que a aquisição da energia por parte das distribuidoras se dará por meio de processo

---

[457] Art. 2º, II, do Decreto n.º 5.163/2004.

licitatório específico, conforme determina o art. 2º da Lei n.º 10.848/2004:

> Art. 2º. As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre:[458]

Os Contratos de Comercialização de Ambiente Regulado (CCEAR) consistem no instrumento jurídico de formalização de tal forma de contratação e na principal modalidade contratual do ACR. No entanto, com fulcro no art. 2º, §8º, da Lei n.º 10.848/2004, as distribuidoras ainda podem complementar a cobertura de seu mercado consumidor com: contratos de compra de energia anteriores à publicação da referida lei; energia proveniente de empreendimentos de geração distribuída; cotas de Itaipu Binacional; cotas de Angra 1 e 2; contratos do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA; cota de garantias físicas das usinas hidrelétricas que tiveram sua concessão de uso prorrogadas pela Lei n.º 12.783/2013; Contratos de Leilão de Ajuste; dentre outros.

As referidas formas de aquisição de energia por parte das distribuidoras serão analisadas nos tópicos seguintes. Optou-se por dar maior ênfase aos CCEAR, por estes constituírem os mecanismos de contratação por excelência do ACR. Quanto às demais modalidades de aquisição de energia, serão apenas introduzidos os seus caracteres gerais, a fim de não ampliar desmesuradamente o escopo deste estudo. Realizadas tais considerações preliminares, passa-se a apresentar na sequência os CCEAR, e posteriormente os demais contratos.

7.1 CONTRATOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE AMBIENTE REGULADO (CCEAR)

De acordo com o exposto nos tópicos anteriores, verificou-se que, estruturado um novo regime de contratação de energia na reforma entabulada pela Lei n.º 10.848/2004, fez-se necessária a criação de um novo instrumento jurídico destinado a formalizar tal operação econômica: os Contratos de Comercialização de

---

[458] Art. 2º da Lei n.º 10.848/2004.

Ambiente Regulado (CCEAR). Nesses contratos, a liberdade negocial tanto de agentes compradores quanto de agentes vendedores é reduzida, com pouca margem de abertura à estipulação das cláusulas, definição da forma de aquisição da energia, prazos contratuais e estabelecimento de preços pela energia etc.

O processo de contratação é público. Na forma do art. 2º, da Lei n.º 10.848/2004, a contratação de energia por parte das distribuidoras de energia se dará por meio de licitação na modalidade de leilão.[459] Tais leilões serão realizados de forma reversa, utilizando-se como critério de decisão pela contratação a menor tarifa.[460] Os leilões serão promovidos diretamente pela ANEEL ou por delegação desta à CCEE, com base nas diretrizes do MME, conforme determina o art. 19, da mencionada lei.[461]

---

[459] O art. 24, inciso XXII, da Lei n.º 8.666/1993 dispensa do regime da lei de licitações a contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural, com concessionária, permissionária, ou autorizada de serviços. Tal inciso foi inserido pela Lei n.º 9.648/1998, no contexto da formação do regime de livre contratação do RE-SEB. Por esse motivo, tornou-se possível a livre contratação bilateral de energia elétrica pelas distribuidoras no MAE, até a Lei n.º 10.848/2004.

Marçal Justen Filho indica algumas características dos leilões no âmbito da Administração: "O leilão é procedimento tradicional dentro do Direito Comercial e Processual. A omissão da Lei remete à aplicação das regras pertinentes a outros ramos. O leilão peculiariza-se pela concentração, em uma única oportunidade, de numerosos atos destinados à seleção da proposta mais vantajosa. Além disso, o leilão se diferencia pela possibilidade de multiplicação de propostas por parte de um mesmo interessado. [...] O leilão é um procedimento licitatório destinado a alienar bens pelo melhor preço. Por isso, é desnecessária uma fase de habilitação destinada a investigar alguma peculiaridade do interessado. Quando muito, a Administração pode exigir comprovação de que o interessado dispõe de condições econômicas para honrar suas propostas. Desse modo, reduzirá o risco de participação de aventureiros que, após obterem a vitória, desaparecerão sem cumprirem suas obrigações." JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 301-302. No entanto, no caso dos leilões de aquisição de energia no ACR, mesmo quando não há a outorga de concessão de uso de projetos associados (o que se dá principalmente nos leilões A-5), existe uma etapa prévia de habilitação dos interessados, conforme determinam os editais.

[460] "A modalidade escolhida para a dinâmica de negociações foi a de leilão reverso. A definição clássica de leilão reverso consiste no mecanismo onde os ofertantes são os vendedores e onde o ganhador corresponde ao vendedor que ofertar o menor preço para um lote do produto. O produto, neste caso, era um lote correspondente a certa quantidade de energia. A Teoria dos Leilões garante que o leilão reverso produz preço e quantidade de equilíbrio de acordo com a lei da oferta e da procura." SALES, Claudio. Eliminando a artificialidade dos leilões de energia elétrica. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 533.

[461] Os editais dos leilões serão elaborados pela ANEEL de acordo com as diretrizes do Ministério de Minas e Energia e deverão conter as seguintes disposições, com base no art. 20 do Decreto n.º 5.163/2004:

"Art. 20. Os editais dos leilões previstos no art. 19 serão elaborados pela ANEEL, observadas as normas gerais de licitações e de concessões e as diretrizes do Ministério de Minas e Energia, e conterão, no que couber, o seguinte:

I - objeto, metas, prazos e minutas dos contratos de concessão;

A primeira diferença entre as possibilidades de leilão no ACR se dá em relação ao estágio de desenvolvimento dos projetos de geração. Para aqueles empreendimentos que já estão instalados à época de realização do leilão, dá-se a denominação de leilões de geração existente, ou também comumente designados como e "leilões de geração velha" ou de "energia velha". Os leilões em que os empreendimentos de geração ainda não possuem ato de outorga (concessão, permissão ou autorização) na data de publicação do seu edital, ou que sejam parte da ampliação da capacidade instalada de empreendimento de geração já existente (restringindo-se ao acréscimo da capacidade), são denominados como leilões de novos empreendimentos de geração, ou "leilões de energia nova".[462]

II - objeto, prazos e minutas dos contratos de compra e venda de energia elétrica, incluindo a modalidade contratual adotada e a indicação das garantias financeiras a serem prestadas pelos agentes de distribuição;

III - percentual mínimo de energia hidrelétrica a ser destinada ao mercado regulado;

IV - prazos, locais e horários em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas, entre os quais:

a) os estudos de viabilidade técnica;

b) os Estudos de Impacto Ambiental - EIA e os Relatórios de Impacto Ambientais - RIMA; e

c) as licenças ambientais prévias;

V - critérios para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal dos licitantes;

VI - diretrizes relativas à sistemática dos leilões;

VII - indicadores, fórmulas e parâmetros a ser utilizados no julgamento das propostas, observado o critério de menor tarifa;

VIII - prazos, locais, horários e formas para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura dos contratos;

IX - valor anual do pagamento pelo Uso do Bem Público - UBP, a ser definido pelo poder concedente;

X - valor do custo marginal de referência, calculado pela EPE e aprovado pelo Ministério de Minas e Energia;

XI - critérios de reajuste ou revisão de tarifas, ouvido o Ministério da Fazenda;

XII - expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;

XIII - condições de liderança do responsável, quando permitida a participação de consórcios; e

XIV - nos casos de concessão de serviços públicos ou de uso de bem público, precedidos ou não da execução de obra pública, serão estabelecidas as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra."

[462] Decreto n.º 5.163/2004: "Art. 11. Para atendimento à obrigação prevista no inciso II do art. 2º., cada agente de distribuição do SIN deverá adquirir, por meio de leilões realizados no ACR,

Os leilões da energia de empreendimentos já existentes destinam-se principalmente ao suprimento da demanda atual das empresas de distribuição, enquanto que os leilões de energia nova visam a cobrir o abastecimento da demanda futura, decorrente da ampliação do mercado consumidor cativo. A energia nova normalmente é mais cara que a energia velha, uma vez que esta última é gerada normalmente por empreendimentos cujos investimentos de instalação já foram amortizados ao longo dos anos.

Os leilões estabelecem cronograma, que é fundado no ano em que o empreendimento iniciará o suprimento de energia às distribuidoras participantes – denominado ano "A". Os leilões de energia nova são realizados para a entrega da energia em três ou cinco anos, assim, recebem a denominação A-5 ou A-3. Ou seja, são realizados no quinto ou terceiro ano anterior à compra da energia de novos empreendimentos de geração.[463] Por sua vez, os leilões de geração existente são realizados no ano anterior à aquisição da eletricidade, recebendo a designação A-1. Os leilões para a aquisição exclusiva de energia proveniente de empreendimentos de geração alternativa serão realizados entre os anos A-1 e A-5, segundo o determinado pela ANEEL, ante as características de instalação dos parques energéticos que irá variar de acordo com as diferentes matrizes.[464]

---

energia elétrica proveniente de:

I - empreendimentos de geração existentes; e

II - novos empreendimentos de geração.

§ 1º. Entendem-se como novos empreendimentos de geração aqueles que até a data de publicação do respectivo edital de leilão:

I - não sejam detentores de concessão, permissão ou autorização; ou

II - sejam parte de empreendimento existente que venha a ser objeto de ampliação, restrito ao acréscimo da sua capacidade instalada."

[463] CCEE. *Regras de Comercialização – Contratos*. São Paulo: CCEE, 2013, p. 13. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

[464] Decreto n.º 5.163/2004: "Art. 19. A ANEEL promoverá, direta ou indiretamente, licitação na modalidade de leilão, para a contratação de energia elétrica pelos agentes de distribuição do SIN, observando as diretrizes fixadas pelo Ministério de Minas e Energia, que contemplarão os montantes por modalidade contratual de energia a serem licitados, prevista no art. 28.

§ 1º. Os leilões para compra de energia elétrica de que trata o *caput* serão promovidos, observado o disposto nos arts. 60 a 64, nos:

I - anos "A-5" e "A-3", para energia elétrica proveniente de novo empreendimento de geração; e

II - ano "A-1", para energia elétrica proveniente de empreendimento de geração existente.

Os prazos de vigência dos CCEARs são definidos no edital e irão variar de acordo com a fonte e o tipo do empreendimento de geração, com início da contagem a partir do suprimento da energia.[465] Para os novos empreendimentos de geração, baseados em energia convencional, os prazos serão de no mínimo quinze anos e de no máximo trinta anos. Por sua vez, os leilões de geração existente irão estabelecer CCEARs de no mínimo um e no máximo quinze anos de duração. Por fim, para os empreendimentos de geração alternativa os prazos serão de no mínimo dez anos e no máximo trinta anos. Os prazos de duração mais longos nos empreendimentos de geração nova devem-se à necessidade de atrair investidores e garantir a amortização dos investimentos necessários à instalação de novas usinas.

Os leilões de compra de energia no ACR possuem uma sistemática de comercialização peculiar. As distribuidoras antes do leilão irão apresentar ao MME, nos prazos por ele definidos, suas declarações quanto aos montantes de energia necessários para atendimento à totalidade de suas cargas e recebimento no centro de gravidade de seus submercados.[466] É estabelecido no edital o valor do preço teto da energia a ser adquirida. Durante o leilão, a EPE irá assumir o papel da totalidade dos agentes de distribuição, atuando em nome destes como compradora única da energia ofertada. Tais medidas visam garantir a competição na geração pelo menor preço de oferta. Ademais, uma vez que os agentes de distribuição podem repassar aos seus consumidores cativos até 103% do custo de sua carga, esses poderiam não ser estimulados a adquirir a energia pelo menor custo possível.[467] A EPE pode inclusive reduzir a quantidade de energia a ser adquirida no leilão, a fim de garantir a

---

§ 1º. Os leilões para compra de energia elétrica de que trata o *caput* serão promovidos, observado o disposto nos arts. 60 a 64:

I - nos anos “A-5” e “A-3”, para energia elétrica proveniente de novo empreendimento de geração;

II - no ano “A-1”, para energia elétrica proveniente de empreendimento de geração existente; e

III - entre os anos “A-1” e “A-5”, para energia elétrica proveniente dos leilões de compra exclusiva de fontes alternativas.”

[465] Nos termos do art. 27, § 1º, do Decreto n.º 5.163/2004.

[466] Conforme dispõe o art. 18, do Decreto n.º 5.163/2004.

[467] REGO, Erik Eduardo. *Proposta de aperfeiçoamento da metodologia dos leilões de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado*. 232 f. Tese. (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Energia – EP/FEA/IEE/IF da USP, 2012, p. 79.

redução dos custos de aquisição.[468]

Erik Eduardo Rego, em tese de doutorado do Programa de Pós Graduação em Energia da Universidade de São Paulo, indica que a modalidade de leilão adotada no modelo de contratação do ACR é a do leilão anglo-holandês de relógio decrescente. Assim, o leilão se divide em duas etapas principais, na primeira há oferta “oral” (constituída na verdade de lances eletrônicos), simultânea, com os lances sendo classificados em ordem decrescente, de acordo com base no preço-teto (conhecido como sistema inglês). Já na segunda etapa, os lances são dados de forma fechada por meio eletrônico (como se fossem lances em envelopes lacrados) – também denominado como sistema holandês. O autor explica em maiores detalhes a sistemática de realização dos leilões no ACR:

> Para o primeiro lance da primeira etapa, os licitantes sabem os preços de partida (preço-teto), e com base nele são capazes de apresentar propostas que consistem em quantos megawatts-médios (quantidade de energia disponível ao sistema; sendo 1 MW médio = 8.760 MWh/ano) estariam dispostos a fornecer ao preço de reserva determinado. O prosseguimento do leilão é dado pela diminuição do preço (por decrementos estipulados previamente ao leilão, porém não divulgados aos participantes antes do início do certame) enquanto que houver proposta de fornecimento ao preço corrente e ao volume desejado. Essa etapa continuará enquanto a oferta total for superior a "oferta de referência" calculada pela extrapolação da demanda agregada para todos os produtos por um "fator de referência". Este também é mantido em sigilo, mas seu objetivo é permitir que, na primeira etapa do leilão, haja excesso de oferta suficiente para gerar concorrência de preços na segunda etapa (BINMORE, 2004) e também poder neutralizar redução de oferta na primeira etapa.
>
> Quando a oferta total atinge a "oferta de referência" é encerrada a primeira etapa, e, como o leiloeiro não quer correr o risco de que a oferta dos proponentes vendedores da última rodada da primeira etapa seja inferior à real necessidade de contratação de energia, são classificados para a segunda etapa do leilão todos os proponentes vendedores participantes da penúltima rodada da fase uniforme. Com isso, o preço-teto de início da segunda etapa é o preço de fechamento da primeira fase somado a um decremento, de forma a retomar ao preço corrente da penúltima rodada. Dessa forma, os proponentes terão incentivos a ofertar preços ainda menores do que o último preço por eles propostos. Assim, tem-se início a segunda etapa, a do leilão de lance selado discriminatório, simultâneo, cujos vendedores ofertam preços para as quantidades que foram alocadas ao término da primeira etapa. Os candidatos têm a oportunidade de oferecer seu preço final, ou seja, os geradores devem oferecer os preços pelos quais estão dispostos a contratar sua geração de eletricidade e, sendo uma etapa discriminatória, as propostas vencedoras recebem o equivalente a suas propostas de preços.
>
> A etapa discriminatória tem por objetivo o de atingir o menor valor possível de comercialização, sendo ainda que, como nesse momento do leilão podem ter restado

---

[468] Essa conduta pode é criticada por Claudio Sales por supostamente produzir artificialidades no leilão. SALES, Claudio. Eliminando a artificialidade dos leilões de energia elétrica. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 534.

poucos jogadores, a troca de lance oral por lance selado minimiza as chances de conluio.[469]

Ademais, para o autor, a primeira etapa tem por objetivo a descoberta de preços, de forma a reduzir a incerteza do valor comum da energia a ser vendida. Já a segunda induziria à incerteza sobre qual dos participantes da etapa final irá ganhar o leilão, permitindo uma possível maior queda de valores em relação ao leilão decrescente puro. Após analisar todos os leilões de energia entre 2004 e 2011, conclui que este mecanismo se mostrou efetivo para obter redução de custos, promovendo uma economia anual de R$1,4 bilhão na contratação de energia no ACR em tal período.[470]

Após o término do leilão, os montantes de energia são repartidos entre as distribuidoras, de acordo com suas declarações de necessidades de energia e com os submercados onde a energia será entregue. Então são firmados os CCEARs, entre estas e os agentes vendedores. Cumpre aqui ressaltar que a EPE apenas realiza a intermediação na compra de energia, consubstanciando a figura do comprador único. Porém, tal empresa pública não se insere nos polos da relação contratual estabelecida entre vendedores e compradores de fato.[471]

Vê-se que a sistemática apresentada limita em muito o espaço de autonomia

---

[469] REGO, Erik Eduardo. *Op. cit.,* p. 80-81. Outra análise interessante sobre os mecanismos de leilão de energia e a expansão da atividade de geração, quando o modelo ainda estava em fase de implantação, encontra-se em: NUNES, Hugo Renato A; ABREU, Thiago Modesto de; ANTUNES, Flávia Mesquita. A expansão da geração e os leilões de energia no atual modelo do setor elétrico. Revista Brasileira de Energia, São Paulo, vol. 11, n. 1, 1. sem. 2005.

[470] *Ibidem,* p. 82; 213.

[471] Nesse julgado, o TRF da 1ª Região ressalta que haveria litisconsórcio passivo necessário entre as distribuidoras participantes do leilão, caso haja posterior necessidade de discussão do valor da energia: “PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA NO AMBIENTE REGULADO. CCEAR. PREÇO. ALTERAÇÃO. EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA SIGNATÁRIAS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NULIDADE. I. Versando a controvérsia em torno da alteração do valor do preço pactuado em contratos de comercialização de energia no ambiente regulado. Ccears firmados com empresas distribuidoras de energia elétrica, sob o fundamento de desequilíbrio econômico-financeiro, como no caso, impõe-se a citação dessas empresas, na condição de litisconsortes passivas necessárias, sob pena de nulidade do feito, nos termos do art. 47, e respectivo parágrafo único, do CPC. A atuação da agência nacional de energia elétrica. ANEEL e da câmara de comercialização de energia elétrica. Ccee, no caso, diz respeito à autorização para celebração de tais contratos e à fiscalização do seu efetivo cumprimento, cabendo às empresas concessionárias suportar o ônus por eventual alteração do preço inicialmente estabelecido. II. Processo anulado, a partir da citação inicial, com determinação de retorno dos autos ao juízo de origem, para citação das litisconsortes passivas necessárias. III. Prejudicialidade da remessa oficial, do agravo retido e das apelações interpostas.” TRF 1ª R.; Ap-RN 2008.34.00.007128-0; DF; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Souza Prudente; DJF1 18/04/2012; Pág. 20.

individual dos contratantes. Aos vendedores caberá a decisão de ofertar sua energia naquele leilão ou não, e qual o valor mínimo que aceitariam vender sua energia. Aos distribuidores a decisão se dará quando apresentarem suas declarações de necessidades de energia elétrica ao MME, anteriormente ao leilão. Sequer a definição sobre a realização do leilão cabe aos agentes de distribuição, sendo esta atribuição do Estado. A possibilidade de intervenção dos referidos agentes no conteúdo dos contratos a serem firmados está limitada às audiências públicas que devem anteceder a realização dos leilões. De igual forma, os prazos contratuais serão definidos pelo agente estatal, que os definirá de acordo com os critérios legais acima indicados. O maior grau de atuação do Estado é justificado sob três prismas: a necessidade de se estimular a ampliação do parque gerador; a redução de custos da energia e a respectiva modicidade tarifária aos consumidores cativos; e a garantia da segurança energética destes últimos.

Apresentados os referidos caracteres gerais dos CCEARs, é ainda necessário indicar a subdivisão destes em duas modalidades específicas, disciplinadas pelo art. 28, do Decreto 5.163/2004: os contratos tanto por quantidade e quanto por disponibilidade de energia. As diferenças entre tais modalidades contratuais estão situadas na repartição de riscos hidrológicos entre vendedores e compradores. Ainda, em razão da função que estes exercem para as distribuidoras de eletricidade.

Nos “CCEARs por Quantidade” os riscos hidrológicos decorrentes da operação no sistema interligado são atribuídos aos agentes vendedores, que assumirão os custos relativos ao fornecimento integral da energia contratada. Ou seja, o vendedor assume a responsabilidade por fornecer a quantidade contratada e de arcar com eventuais custos adicionais por conta da impossibilidade de fornecimento de tal montante. Devido a tais características, esses CCEARs estão ligados principalmente à produção de eletricidade a partir de fontes hidráulicas.

Segundo o que determina o parágrafo 1º do art. 28, o ponto de entrega da energia gerada será o centro de gravidade do submercado onde está localizado o empreendimento de geração. Portanto, existem riscos decorrentes da possível diferença de preços entre submercados – quando o distribuidor está localizado em um submercado distinto do agente gerador – que serão assumidos pelo agente de

distribuição.[472] No entanto, a fim de se evitar o repasse de tais riscos aos consumidores cativos, foi estruturado um mecanismo de mitigação denominado "alívio de exposições financeiras", que estabelece a compensação de possíveis exposições financeiras negativas de agentes de distribuição com as exposições positivas dos demais agentes e com os recursos da aplicação de penalidades pela CCEE (exceto as penalidades de medição).[473] Caso não seja possível a cobertura integral de tais riscos, estes são repassados aos consumidores cativos por meio da tarifa cobrada pelos agentes de distribuição, consoante o determinado pelo art. 28, §2º, do Decreto n.º 5.163/2004. Na hipótese de haver exposições positivas totais após a aplicação do mecanismo, estas serão revertidas à modicidade tarifária.

A sazonalização dos CCEARs por Quantidade é feita anualmente, sendo registrada pelo agente distribuidor e validada pelo vendedor, respeitados os montantes contratados. A modulação é feita de forma automática, de acordo com o perfil de carga do distribuidor. Excepcionalmente, no caso de usinas ainda em fase implantação, na qual a operação comercial se dá de maneira escalonada, conforme previsão do cronograma do CCEAR, a sazonalização e modulação se dão de forma uniforme ao longo dos períodos de tempo previstos (*flat)*.[474]

---

[472] A tal respeito, é elucidativa a explicação da CCEE quanto à diferença de preços entre submercados nos CCEARs por quantidade: "De acordo com o Decreto n° 5.163/04, os CCEARs têm seu ponto de entrega no centro de gravidade do submercado do Agente Vendedor. Desta forma, considerando-se o modelo de contratação adotado para a aquisição de energia pelos Agentes de Distribuição no ACR, formalizada pelos CCEARs, é natural a existência de contratos que tenham fontes de geração localizadas em outros submercados. Como o contrato regulado está registrado somente no submercado em que o vendedor se encontra, o contrato causará ao Agente de Distribuição comprador exposições ao PLD dos dois submercados envolvidos. No submercado fonte, onde o comprador tem seu contrato, mas não tem carga, ele irá vender a energia no mercado de curto prazo da CCEE, ao PLD daquele submercado. No submercado destino, o comprador terá que adquirir a energia referente ao CCEAR no mercado de curto prazo da CCEE, ao PLD desse submercado, no qual a energia contratada está sendo consumida. Se os preços dos submercados são iguais, a movimentação financeira líquida associada ao CCEAR no mercado de curto prazo é nula. Mas se os preços são diferentes, o contrato fica exposto ao montante contratado, multiplicado pela diferença de preços entre os submercados. A exposição será positiva se o contrato estiver registrado no Submercado de PLD mais alto, e negativa em caso contrário." CCEE- *Visão Geral das Operações*..., p. 56.

[473] A obrigatoriedade da existência de um mecanismo para a mitigação dos referidos riscos dos agentes de distribuição nos CCEAR decorre da exigência do art. 28, §4º, do Decreto n.º 5.163/2004. O tratamento de tais exposições está normatizado nas Regras de Comercialização e não será aqui tratado em detalhes devido às diversas especificidades do assunto que ultrapassam o escopo da presente pesquisa.

[474] CCEE. *Regras de Comercialização – Contratos*. São Paulo: CCEE, 2013, p. 73-81. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

Outrossim, nos “CCEARs por Disponibilidade” os riscos hidrológicos são assumidos pelos agentes de distribuição e caberá aos geradores garantir a sua disponibilidade de gerar a energia contratada, caso estes venham a ser demandados a gerar. Ao passo que os “CCEARs por Quantidade” estão ligados principalmente à geração hidrelétrica, os “CCEARs por Disponibilidade” são aplicáveis em maior medida às usinas térmicas. Estas, por sua produção energética ser mais cara do que as usinas hidráulicas, tendem a permanecer a maior parte do tempo desligadas, de acordo com a lógica do sistema hidrotérmico brasileiro.

No leilão, o gerador oferta o valor da sua receita fixa correspondente à manutenção da disponibilidade da usina ao SIN, ligada principalmente aos custos fixos do empreendimento, que ocorrerão independentemente de haver geração efetiva, e os custos de geração da inflexibilidade deste.[475] Caso esta venha a ser despachada pelo ONS acima do seu nível de inflexibilidade, além da parcela fixa haverá uma parcela variável, correspondente aos custos de geração que ultrapassam os custos já abrangidos pela receita fixa. No leilão, essa parcela variável é ofertada por meio da disponibilização de lotes[476] e pela informação do Custo Variável Unitário do empreendimento de geração.[477] Logo, na hipótese de ocorrência de condições hidrológicas desfavoráveis, os agentes de distribuição irão arcar, além da parcela da fixa dos seus CCEARs por disponibilidade, com os custos decorrentes da parcela variável dos empreendimentos abrangidos por tais contratos.

Nos CCEARs por Disponibilidade a energia contratada anual será sazonalizada de maneira uniforme ao longo dos meses do ano. Desse modo, a modulação será feita de acordo com os perfis de carga dos agentes de distribuição

---

[475] A inflexibilidade é o nível mínimo de geração obrigatória da usina, de acordo com as suas peculiaridades técnicas. É definida como “o montante, em MW médio, correspondente à declaração de geração de usina termelétrica, considerada para fins de cálculo de sua Garantia Física e programação eletroenergética do SIN, que se constitui em restrição que leva à necessidade de geração mínima da usina, a ser considerada pelo ONS na otimização do uso dos recursos do SIN (definição dada pelo informe técnico EPE – DEE – IT – 003/2006-r0).” CCEE.*Visão geral de operações* ..., p. 27.

[476] Os lotes são o “montante de energia elétrica que representa a menor parcela de um Produto referente a um leilão.” *Ibidem*, p. 34.

[477] “O Custo Variável Unitário é o valor do custo variável, para cada MWh gerado pela Usina, expresso em R$/MWh, informado pelo Agente Gerador, necessário para cobrir todos os custos de operação da Usina, exceto os já cobertos pela Receita Fixa.” *Ibidem*, p. 35.

contratantes.[478]

Embora os CCEARs sejam a modalidade contratual mais relevante no ACR, não são a única, sendo possível a aquisição de energia pelos agentes distribuidores em tal mercado através de outros instrumentos, que serão a seguir expostos de maneira sintética.

7.2 CONTRATOS DE ITAIPU

A primeira modalidade específica de aquisição de energia no ACR, cuja forma contratual difere dos CCEARs, refere-se à energia da usina hidrelétrica de Itaipu. A eletricidade do empreendimento de Itaipu Binacional possui regime de contratação próprio, tendo em vista as peculiaridades decorrentes do Tratado de Itaipu celebrado em 1973 e a necessidade de compatibilização deste com o regime de comercialização implementado pelas reformas setoriais brasileiras a partir da década de 1990.

O regime de contratação original estabelecia que as cotas da usina, que o Brasil havia se obrigado a adquirir, seriam internamente repassadas em sua totalidade para Eletrobrás através das suas subsidiárias Furnas e Eletrosul, para o abastecimento dos sistemas elétricos da região Sul, Sudeste e Centro Oeste, com base na cognominada Lei de Itaipu (Lei n.º 5.899/1973). Com a publicação da Lei n.º 10.438/2002, no contexto da crise energética de 2001, foi alterado o art. 4º da Lei de Itaipu, ficando a Eletrobrás designada como “Agente Comercializador de Energia de Itaipu”. Desse modo, a estatal ficou responsável pela aquisição da integralidade da energia da usina e pela comercialização desta aos demais agentes.

No entanto, a definição dos montantes comercializados desta forma não é livre, conforme a metodologia estabelecida pelo Decreto n.º 4.550/2002. Estes são definidos anualmente pela ANEEL por meio de resolução homologatória que estabelece as cotas-parte atribuídas a todas às concessionárias de distribuição de energia elétrica das Regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, exceto aquelas que

[478] *Ibidem*, p. 73-81.

mantenham compra regulada integralmente com as distribuidoras cotistas.[479] Para tanto, a Eletrobrás deve encaminhar anualmente à ANEEL as quantidades de Potência Contratada e Energia Vinculada disponibilizadas por Itaipu.[480] A Agência, por sua vez, fará o rateio das cotas-parte utilizando-se como base, principalmente, o tamanho dos mercados consumidores das distribuidoras.[481]

A repartição das referidas cotas-partes é formalizada por meio de relacionamentos contratuais entre os cotistas e o agente comercializador da energia de Itaipu. O registro desses contratos denominados Contratos Itaipu, pelas Regras de Comercialização da CCEE, será no submercado de entrega da energia. A quantidade anual estabelecida nestes será equivalente à quantidade total da energia vinculada à potência contratada, definida pela ANEEL a cada um dos cotistas. A sazonalização dos Contratos de Itaipu será igual aos valores mensais definidos pela ANEEL no ato homologatório. A modulação, portanto, será a modulação da garantia física de Itaipu, ajustada pelo fator de rateio de perdas de geração, conforme determinam as Regras de Comercialização – Contratos.[482]

A partir do exposto, verifica-se que os Contratos de Itaipu possuem um regime de contratação com forte incidência da regulação, até mesmo mais presente que nos CCEAR. Por se tratar da energia de um único vendedor, que será repartida aos compradores, por meio de critérios estritamente técnicos e vinculados aos mencionados diplomas normativos, é praticamente nula a competição na aquisição desta eletricidade. Tal estrutura extremamente fechada em relação à autonomia dos contratantes deve-se ao caráter estratégico do empreendimento de Itaipu na matriz energética brasileira e às peculiaridades da feição binacional deste, como instrumento de cooperação internacional que tem em vista o desenvolvimento econômico dos países envolvidos.[483] Visa, assim, permitir que os benefícios

---

[479] Conforme art. 2º da Resolução ANEEL n.º 218/2006 e art. 1º da Resolução ANEEL n.º 331/2008.

[480] Definição de Potência Contratada e Energia Vinculada.

[481] Para os anos de 2012 e 2013, o rateio das cotas-parte está definido na Resolução Homologatória ANEEL n.º 1.386/2012.

[482] A respeito da sazonalização e modulação dos Contratos de Itaipu: *Regras de Comercialização – Contratos* ..., p. 33-37.

[483] A tal respeito é relevante a obra Laércio Bertiol sobre os aspectos ligados ao direito internacional e cooperação econômica no Tratado de Itaipu e na constituição do empreendimento: BERTIOL, Laércio F. *Itaipu*: modelo avançado de cooperação internacional na bacia do Prata. 2. ed.

econômicos da energia produzida pela usina sejam repartidos de forma equânime aos mercados de consumidores cativos das referidas regiões brasileiras.

7.3 CONTRATOS PROINFA

Também estão situados no ACR e possuem regulamentação própria os contratos do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA), instituído pela Lei n.º 10.438/2002 e regulamentado pelo Decreto n.º 5.025/2004. Esse programa, instituído no contexto da crise de 2001, visa promover na matriz energética brasileira o aumento da produção de eletricidade proveniente de Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs), fontes eólicas e biomassa, de acordo com as diretrizes impostas pelo seu marco normativo. Indiretamente também tem por objetivo a redução da emissão de gases do efeito estufa, nos termos da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, conforme o art. 5º, §1º, do Decreto n.º 5.025/2004.[484]

O PROINFA foi concebido em duas etapas. A primeira estabelecia que a Eletrobrás celebraria contratos, por meio de chamadas públicas, até 30 de junho de 2004 para a "implementação de 3.300 MW de capacidade, em instalações de produção, com início de funcionamento previsto para até 30 de dezembro de 2008, assegurando a compra da energia a ser produzida no prazo de vinte anos, a partir da data de entrada em operação", consoante o determinado pelo art. 3º, I, "a", da Lei

---

São Paulo: FGV, 2008, p. 61-73; p. 161-260. Outra obra relevante, com pareceres de diversos juristas brasileiros sobre a natureza jurídica de Itaipu: ITAIPU. *Natureza jurídica de Itaipu.* Curitiba: Itaipu Binacional, 2004.

Sobre integração energética regional: UDAETA, Miguel Edgar Morales; *et al*. Ponderação analítica para da integração energética na América do Sul. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 12, n. 2, p. 1-19, 2. Sem. 2006. BOEIRA, Rogério Londero. O Desafio da Integração Sul-Americana com enfoque à Energia. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 12, n. 2, p. 1-19, 2. Sem. 2006.

[484] Pesquisadores do Centro de Nacional de Referência em PCH, liderados pelo professor da UNIFEI Geraldo Lúcio Tiago Filho verificaram como efeito indireto do PROINFA "a geração de 150 mil empregos diretos e indiretos durante a construção e a operação dos empreendimentos, sendo 45 mil gerados pelas PCHs". TIAGO FILHO, Geraldo Lúcio; *et al.* Impactos sócio-econômicos das Pequenas Centrais Hidrelétricas inseridas no Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia (PROINFA). *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 14, n. 1, 1 Sem. 2008, p. 165.

n.º 10.438/2002. Uma vez atingida tal meta[485], a continuidade do Programa se daria até que as referidas fontes passem a atender dez por cento do consumo de energia elétrica do País, esperando-se que tal objetivo seja alcançado em até vinte anos da publicação da lei em questão.[486]

A energia dos produtores participantes do PROINFA é adquirida pela Eletrobrás por meio de chamadas públicas, celebrando-se contratos de compra para formalizar a aquisição de tal energia. As principais disposições desses contratos encontram-se estipuladas no art. 11 do Decreto n.º 5.025/2004:

> Art. 11. Os contratos de compra de energia a serem firmados pela ELETROBRÁS:
>
> I - terão como base a energia de referência de cada central geradora definida pela ANEEL, e estabelecerão que os pagamentos aos produtores de energia elétrica serão feitos em contrapartida da energia efetivamente gerada, observando o disposto no § 2º. do art. 17;
>
> II - definirão que serão de responsabilidade do produtor o consumo próprio e as perdas elétricas contabilizadas segundo as regras e procedimentos da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE;
>
> III - definirão que a eficácia do contrato de compra de energia elétrica estará condicionada à conclusão, pelo produtor de energia elétrica, do processo de acesso à rede e de conexão e uso dos sistemas de transmissão e distribuição;
>
> IV - definirão que o produtor de energia elétrica deverá apresentar Parecer de Acesso Conclusivo emitido pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS ou pelas concessionárias e permissionárias de distribuição, com a participação das concessionárias de transmissão, no prazo máximo de setenta dias após a contratação do empreendimento pela ELETROBRÁS;
>
> V - conterão cláusula de redução do preço contratado na hipótese de o produtor vir a ser beneficiado com novos incentivos às tecnologias consideradas no PROINFA;
>
> VI - conterão cláusula determinando a compensação prevista no § 1º. do art. 17;
>
> VII - conterão cláusulas de rescisão contratual, com a perda dos incentivos do PROINFA, além de penalidades, no caso de o empreendedor não atender aos termos das declarações encaminhadas para sua habilitação ou deixar de manter todas as condições que o qualifiquem como Produtor Independente Autônomo ou não-Autônomo; e
>
> VIII - conterão cláusula de reajuste de preço com base na variação do Índice Geral de

---

[485] De acordo com o Plano Anual do PROINFA 2013 (PAP), os montantes de energia realizados (01/01/12 a 31/08/2012) e previstos (01/09/12 a 31/12/2012) perfaziam o montante de 10.783.334,00MWh. ELETROBRÁS. *Plano Anual do PROINFA 2013*. Rio de Janeiro: Eletrobrás, 2013, p. 9. Disponível em: <www.eletrobras.com.br>. Acesso em: 12/05/2013.

[486] Segundo o Balanço Energético Nacional 2013, a biomassa representou 6,8% e a energia eólica outros 0,9% da oferta interna de energia elétrica. No entanto, o Balanço Energético, não desagrega a geração hidráulica (que constitui 76,9% da matriz) por tipo de empreendimento. Em 2008, conforme dados do Atlas de Energia Elétrica do Brasil, as PCHs até então construída e em construção constituíam 3,1% da matriz. EPE. *Balanço Energético Nacional 2013*. Brasília: EPE, 2013, p. 38. ANEEL. *Atlas de Energia Elétrica do Brasil.* 3. ed. Brasília: ANEEL, 2008, p. 35. No entanto, há que se ressaltar que os referidos montantes são totais e não são necessariamente de energia contratada por meio do PROINFA.

Preços do Mercado, calculado e publicado pela Fundação Getúlio Vargas (IGP-M/FGV).

Uma vez celebrados os contratos, a Eletrobrás irá calcular as cotas de energia e de custeio do Programa, que serão rateadas aos agentes do SIN que comercializem energia com consumidores finais, e com os agentes do SIN que recolham Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição e de Transmissão relativas a consumidores livres, na forma do art. 13 do Decreto n.º 5.025/2004. Tomando-se por base a energia total contratada e os cotistas do programa, as cotas são estabelecidas anualmente pela Eletrobrás no Plano Anual do PROINFA (PAP), formulado pela estatal e homologado pela ANEEL por meio de resolução específica. Tanto as cotas de custeio quanto a energia a elas associada são distribuídas aos cotistas na proporção dos seus mercados (quando estes forem distribuidores) ou de seu consumo (no caso dos consumidores livres ou especiais e autoprodutores).

A Eletrobrás representa as usinas participantes do PROINFA na CCEE como Agente Comercializador da Energia do PROINFA (ACEP), sendo responsável pelo cadastro do ativo de medição das unidades geradoras. De acordo com os Procedimentos e Regras de Comercialização, as quotas de energia proveniente do programa são representadas no sistema de contabilização e liquidação da CCEE como contratos entre o agente cotista, que figura como comprador, e agente vendedor (o ACEP). A energia contratada é registrada no submercado de atendimento de carga do agente comprador.[487] A sazonalização das cotas anuais do PROINFA é realizada pelo ACEP. Caso esta não seja realizada nos prazos dos Procedimentos de Comercialização, será distribuída automaticamente de maneira uniforme. A modulação, por sua vez, seguirá a modulação da geração das usinas participantes.

Verifica-se, de uma parte, que a competição no processo de formação do preço da energia se dará apenas na fase de contratação pela Eletrobrás da energia dos agentes geradores participantes, a partir das condições específicas determinadas pelo marco normativo do Programa. Por outro lado, é restrita a autonomia dos contratantes na comercialização de energia entre os cotistas do programa e a Eletrobrás. Esta última não poderá auferir ganhos com o programa,

---

[487] CCEE. *Regras de Comercialização – Contratos, op. cit.*

mas sim, apenas repassar os custos de contratação, administrativos, financeiros e tributários aos cotistas, nos termos do art. 12 e art. 13, §3º do Decreto n.º 5.025/2004.

Tem-se, desta forma, que o programa possui forma de contratação análoga aos CCEARs, com modelo específico de contratação por comprador único, destinado a estimular a produção de eletricidade pelas fontes alternativas incluídas. Ainda assim, diferentemente dos CCEARs, os cotistas possuem pouca ou nenhuma participação no processo de contratação de energia pelo comprador único.

7.4 CONTRATOS DE LEILÃO DE AJUSTE

As distribuidoras de energia podem complementar a sua carga a fim de cumprir a obrigatoriedade do art. 2º, II, do Decreto n.º 5.163/2004, por meio da contratação de energia em leilões de ajuste. Tendo em vista os prazos de entrada de funcionamento dos empreendimentos de geração dos CCEARs, as distribuidoras podem ficar sem energia contratada suficiente para o atendimento da integralidade de seus mercados consumidores. Sendo assim, a ANEEL poderá promover direta ou indiretamente leilões específicos para a complementação da eletricidade necessária para o atendimento integral dos mercados dos agentes de distribuição, na forma do art. 26, do Decreto n.º 5.163/2004.

Devido ao caráter complementar, e não estrutural, de tais leilões, os prazos de contratação são menores quando comparados com os CCEARs. Dessa forma, os prazos de suprimento são de no máximo dois anos apenas, com prazo de início de entrega de no máximo quatro meses (muito reduzido se compará-lo com o dos leilões A-1 e A1-5 dos CCEARs). Ademais, o montante total de energia comercializada por meio de tais contratos não pode exceder um por cento da carga total contratada das distribuidoras, consoante o §1º do referido art. 26.

A sistemática de contratação, embora assemelhada ao dos CCEARs, é um pouco diversa, por decorrência da Resolução ANEEL n.° 411/2010, recentemente alterada pela Resolução ANEEL n.° 563/2013. A quant idade de energia adquirida, o início do suprimento, o submercado de entrega são condições contratuais

determinadas pelas próprias distribuidoras participantes do certame. O preço mínimo do leilão é o PLD mínimo e o valor máximo é o Valor de Referência, este é determinado pela ANEEL e calculado pela média dos preços de venda dos leilões A-3 e A-5 com entrega no mesmo ano A. Poderão figurar como vendedores nos leilões de ajuste os agentes de geração, comercializadores e importadores de energia, sendo estes responsáveis pela entrega e pelo lastro do volume ofertado. Após o leilão, os compradores e vencedores firmarão instrumentos bilaterais denominados Contratos de Leilão de Ajuste a serem registrados nos submercado de entrega da energia.

De acordo com as Regras de Comercialização, a sazonalização dos Contratos de Leilão de Ajuste será feita uma única vez para todos os meses de cada ano civil pelo comprador. Por sua vez, a modulação das quantidades contratadas será realizada pelo comprador uma vez para cada mês.[488]

7.5 CONTRATOS DE COTAS DE GARANTIA DE FÍSICA

Com o intuito de promover a redução dos custos setoriais e a modicidade tarifária, o Governo brasileiro publicou, em 11 de setembro de 2012, a Medida Provisória n.° 579/2012, que estabelece condições para a renovação de concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. A referida medida provisória foi convertida na Lei n.° 12.783, de 11 de janeiro de 2013 e regulamentada por diversos diplomas legais dos quais, para os fins do presente estudo, merecem maior destaque os Decretos n°. 7.805/2012, n°. 7.850/2012 e n°. 7.891/2013. Diversas foram as alterações implementadas por tal texto legal, no entanto, aqui será tratada a mudança relativa à renovação das concessões de geração, que estabeleceu um novo regime de contratação para os agentes de geração que optarem pela renovação da concessão por um período de até trinta anos.[489]

[488] CCEE. *Regras de Comercialização – Contratos*..., p. 50-55.

[489] Não se irá adentrar aqui no debate que envolveu o setor quando das mudanças entabuladas pelo legislador, por serem de caráter conjuntural e ultrapassarem o escopo desta pesquisa. No entanto, é necessário pontuar que a medida sofreu pesadas críticas por parte dos agentes setoriais envolvidos,

Conforme com os referidos textos normativos, na hipótese do gerador concessionário optar pela renovação da sua concessão, a integralidade de sua garantia física será alocada em cotas às distribuidoras conectadas ao SIN, recebendo este pela energia assim contratada somente o valor de tarifa regulada pela ANEEL (Receita Anual de Geração – RAG). Destaque-se que a competição é mínima na formação do preço da eletricidade em tal modelo, uma vez que a composição da tarifa leva em conta principalmente os custos do gerador com operação e manutenção, encargos etc. Justifica-se a referida alteração no marco regulatório sob a alegação que as usinas abrangidas pelo texto legal são mais antigas e já se encontram com seus ativos totalmente depreciados ou amortizados. Tais usinas, ainda que tivessem um custo de produção muito inferior às demais (que não possuem investimentos completamente amortizados e centrais de geração depreciadas), participavam dos leilões do ACR vendendo sua energia aos agentes de distribuição pelos mesmos valores dos outros geradores, incorporando no seu caixa os ganhos decorrentes.[490]

---

que tiveram profundamente afetadas suas receitas com as medidas, principalmente na atividade de geração. Nesse sentido, em alusão à data do ataque às Torres Gêmeas nos EUA e à data de publicação da MP n.° 579/2012, a imprensa especiali zada denominou as medidas como o "11 de setembro do Setor Elétrico". As opiniões quanto aos resultados positivos ou negativos das medidas encontram-se bem sintetizadas no seguinte texto: "Agora, um ano depois o mercado faz o balanço do que mudou neste segmento da infraestrutura e as opiniões são divergentes quanto ao benefício que a nova lei trouxe ao Brasil. Uma grande parte dessa análise tem como base o problema da falta de chuvas no Brasil que levou ao despacho de térmicas de custos de operação acima de R$ 1 mil por MWh no auge da crise e que tem gerado um custo adicional aos cofres públicos. Uma outra parcela aponta que os custos da energia foram cortados na sua base e que se não fosse esse aspecto a energia estaria 20% mais elevada, uma terceira acredita que o erro é grave e que o setor elétrico deixou de ser autossustentável e passou a depender estreitamente do governo federal e dos aportes do Tesouro Nacional." GODOI, Mauricio. *11 de setembro do setor elétrico*. Canal Energia. Disponível em: <www.canalenergia.com.br>. Acesso em: 20/10/2013.

[490] Luciano Losekan pesquisador do Grupo de Economia de Energia da UFRJ explica como se dá a apropriação da renda inframarginal em tal contexto e as implicações desta nas diferentes fases da reestruturação setorial: "Em termos econômicos, o que está em jogo é apropriação da renda extraordinária decorrente do diferencial entre os custos das centrais já depreciadas e o preço de equilíbrio de mercado (que em contexto competitivo tende a se aproximar do custo marginal de atendimento do sistema). A teoria microeconômica denomina esse excedente de renda inframarginal. No parque de geração brasileiro, devido à grande diversidade de custos, esses excedentes assumem valores elevados. No histórico recente do setor elétrico, a forma apropriação da renda inframarginal foi o objeto da adoção dos contratos iniciais na primeira reforma do setor elétrico. Esses preservaram os preços de centrais de geração nos valores regulados, evitando que a liberalização do mercado implicasse em altas de preço, com a formação de um preço único de mercado, próximo ao custo marginal. Assim, as geradoras hidrelétricas não se apropriaram da renda inframarginal. Na segunda reforma do setor elétrico, a separação entre energia velha e energia nova teve a mesma motivação. Se um mercado único de eletricidade fosse implementado, a tendência seria do preço de equilíbrio ser determinado pelo preço da energia nova, que corresponde ao custo marginal de longo prazo.

A medida visa, portanto, reduzir o custo de aquisição de energia para as concessionárias de distribuição e o repasse desses ganhos aos consumidores cativos, por meio da redução de tarifas. A ANEEL irá promover o rateio das cotas entre as concessionárias de distribuição, por meio de resolução passível de revisão periódica. A partir disso serão entabulados os Contratos de Cota de Garantia Física para formalizar a operação econômica em questão. Nestes, os riscos, ônus e benefícios da variação da produção energética da usina serão repartidos entre os agentes de distribuição cotistas, e indiretamente transferidos aos seus respectivos mercados consumidores.[491]

Os Contratos de Cota de Garantia Física não são de livre pactuação entre os contratantes, mas sim são regulamentados pela Resolução ANEEL n.° 514/2012. Esta estabelece as condições de contratação, os direitos e obrigações das partes, bem como apresenta em seu anexo a minuta padrão do instrumento contratual. De acordo com o art. 7.º, §1º, do Decreto n.° 7.805/20 12 são disposições obrigatórias dos Contratos de Cota de Garantia Física:

> Art. 7º, §1º:
>
> I - a alocação integral da garantia física de energia e de potência das usinas das concessionárias de geração;
>
> II - a alocação das cotas para cada concessionária de distribuição, conforme definida pela ANEEL, observado o disposto no art. 8o;
>
> III - a forma de faturamento bilateral entre as concessionárias de distribuição e as concessionárias de geração;

Com a separação, o excedente das centrais hidrelétricas já depreciadas foi limitado. Ou seja, a renda inframarginal foi limitada aos diferenciais de custos de centrais já estabelecidas. É preciso destacar que parte preponderante dos contratos de negociação de energia velha são encerrados ao final de 2012. Uma primeira implicação da MP 579 é que parcela da capacidade de geração brasileira deixa de ter seu preço definido através de mercado e passa a ser regulado. As usinas de geração que optarem pela prorrogação das concessões passam a ter sua tarifa determinada pela ANEEL. Ou seja, ao optar por prorrogar as concessões sem recorrer a licitações, o governo brasileiro retomou a regulação tarifária na atividade de geração, revertendo uma tendência de liberalização que parecia consolidada no setor. [...] As empresas de geração, que foram duramente impactadas pelas medidas, têm externado seu descontentamento. O principal argumento das empresas de geração é que a capacidade de investimento das empresas será reduzida, o que pode comprometer a expansão do parque gerador e implicar em redução do pessoal empregado. Segundo essa visão, ao se apropriarem da renda inframarginal, as empresas de geração teriam a musculatura financeira para garantir a continuidade da expansão. No entanto, aparentemente, o governo brasileiro entendeu que essa alocação não é adequada e que os consumidores devem se apropriar dessa renda." LOSEKAN, Luciano. MP 579: *Prorrogação das concessões e apropriação da renda inframarginal*. Disponível em: <infopetro.wordpress.com>. Acesso em: 03/04/2013.

[491] *Regras de Comercialização – Contratos* ..., p. 15.

> IV - a forma de recebimento da receita, pelas concessionárias de geração, decorrente da aplicação da tarifa calculada pela ANEEL para cada usina hidrelétrica, o que ocorrerá por meio de liquidação financeira centralizada a ser promovida pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE;
>
> V - as garantias financeiras que serão aportadas pelas concessionárias de distribuição em garantia de pagamento da receita às concessionárias de geração;
>
> VI - a forma de rateio entre as concessionárias de geração decorrente de eventual inadimplência por parte das concessionárias de distribuição, após a liquidação financeira centralizada de que trata a alínea “d”;
>
> VII - o prazo de vigência do contrato;
>
> VIII - os direitos e as obrigações das partes contratantes; e
>
> IX - mecanismo de solução de controvérsias.[492]

Desse modo, cada Contrato de Cota de Garantia Física é identificado pela CCEE como uma operação de comercialização na qual o agente de geração é considerado o agente vendedor e a distribuidora cotista o comprador. A CCEE promoverá a liquidação financeira centralizada desses contratos, em um procedimento específico. Eventuais inadimplementos dos agentes de distribuição serão rateados entre os geradores participantes. Ademais, poderá haver exposição financeira positiva ou negativa das distribuidoras no mercado de curto prazo.[493]

Uma vez que as distribuidoras cotistas poderiam à época da implementação das cotas de garantia física já possuir CCEARs em quantidade suficiente para abranger a totalidade do seu mercado consumidor, é possível que estas ficassem sobrecontratadas. Sendo assim, o art. 3º, parágrafo único, da Lei n.º 12.783/2012, estabeleceu a cessão compulsória dos CCEARs para as outras distribuidoras que tenham redução dos montantes de energia contratada em razão da alteração do regime de comercialização.[494]

Os Montantes Contratados, conforme definição do art. 2º, X, da Resolução ANEEL n.º 514/2012, corresponderão a 95% da Cota, e serão disponibilizados no centro de gravidade onde está localizada a Usina. Estes serão informados pela ANEEL à CCEE e poderão ser utilizados pelas distribuidoras no processo de contabilização e liquidação, inclusive para a aferição de lastro para a cobertura do

---

[492] Decreto nº. 7.805/2012.

[493] *CCEE - Regras de Comercialização – Garantias de Cotas Físicas* ..., p. 4.

[494] Para os autoprodutores que tiverem suas concessões de geração renovadas, nos termos do art. 2º da Lei n.º 12.783/2012, ficou determinad a a obrigatoriedade da liquidação dos excedentes de energia elétrica não consumida no mercado de curto prazo ao PLD.

seu mercado consumidor, conforme prevê o art. 15 da Resolução. A sazonalização dos contratos será de acordo com o perfil de carga declarado pela distribuidora cotista, enquanto que a modulação será de acordo com o perfil de geração da usina.

7.6 CONTRATOS DE ENERGIA DE RESERVA E CONTRATOS DE USO DE ENERGIA DE RESERVA

Com a finalidade de garantir a continuidade no fornecimento de energia elétrica, o modelo setorial instituído pela Lei n.º 10.848/2004 estabeleceu a possibilidade da contratação de reserva de capacidade de geração. Tal modalidade de contratação visa obter maior segurança no suprimento de energia para o sistema a partir do aumento da oferta.[495] Para tanto, o Decreto n.º 6.353/2008 estabelece a possibilidade de aquisição de energia de usinas especialmente para tal finalidade, de empreendimentos de geração nova ou existente, mas que venham acrescentar garantia física ao SIN ou tenham entrado em operação comercial posteriormente a 16 de janeiro de 2008.

A contratação dessa energia tem sido feita por meio de leilões realizados pela ANEEL entre geradores que se enquadrem nas definições do Decreto n.º 6.353/2008 e a CCEE.[496] Os montantes totais a serem adquiridos no leilão serão definidos pelo MME, com base em estudos da EPE. A formalização da contratação se dá, portanto, por meio de Contratos de Energia de Reserva (CER) que serão

---

[495] "Em uma análise preliminar, essa energia de reserva poderia estar associada a reforços de reservas operativas e/ou a aumento da capacidade instalada para tornar a operação do sistema, em termos energéticos, mais segura. Quanto à formação das reservas operativas, necessária para a atuação do operador do sistema, faz-se necessário ressaltar que essa se insere no âmbito dos serviços do sistema prestados aos usuários do Sistema Interligado Nacional (SIN), cujo tratamento encontra-se nas regras de comercialização, inclusive a questão do pagamento dos valores monetários destinados à cobertura desses custos. Assim, a contratação de energia de reserva contempla o aspecto energético. Reforçam este entendimento as disposições do Decreto nº 6.353, de 16 de janeiro de 2008, que regulamenta essa contratação. Tal ato define energia de reserva como aquela destinada a aumentar a segurança no fornecimento de energia ao SIN, proveniente de usinas especialmente contratadas para este fim." CAMARGO, Ivan Marques de Toledo; ALMEIDA, Luís Henrique Bassi. A contratação de energia de reserva no atual modelo do setor elétrico brasileiro: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Energia,* São Paulo, v. 15, n. 2, p. 12, 2009.

[496] Até o momento de redação deste estudo foram realizados quatro leilões de energia de reserva nos anos 2008, 2009, 2010, 2011. Nestes, a contratação restou segmentada em três fontes distintas: biomassa (1º, 3º e 4º leilões); PCH (3º leilão); eólica (2º, 3º e 4º leilões). *Regras de Comercialização* ..., *op. cit*.

firmados pelos vencedores do leilão com a CCEE, na condição de representante dos agentes de consumo, por prazo não superior a 35 anos, tanto na modalidade quantidade, quanto de disponibilidade.

Essa energia não poderá constituir lastro para revenda, mas sim, deverá ser contabilizada e liquidada pela CCEE exclusivamente no mercado de curto prazo. A CCEE deverá celebrar com todos agentes do SIN da categoria consumo o Contrato de Uso de Energia de Reserva (CONUER), cujas cláusulas são estabelecidas pela ANEEL no Anexo da Resolução ANEEL n.º 337/2008, e é de adesão obrigatória por tais categorias de agentes, devendo estes aportar as respectivas garantias financeiras.

Como contraprestação de tal energia, é cobrado mensalmente dos agentes o Encargo de Energia de Reserva (EER), proporcionalmente à parcela da carga destes, aferida anualmente pela CCEE. Esse encargo precisa cobrir todos os custos diretos e indiretos advindos da aquisição de tal energia. Ademais, deve este ser depositado na Conta de Energia de Reserva (CER), cabendo à CCEE efetuar o recolhimento desse encargo e aplicar as penalidades aos agentes em caso de inadimplemento. Os resultados positivos da liquidação no curto prazo também serão destinados à CER. Por outro lado, deverão ser utilizados recursos da Conta para o pagamento dos agentes vendedores e para as exposições negativas no *spot*.

A fim de minorar o risco de inadimplemento pelos vendedores do CER, criou-se o Mecanismo de Cessão de Energia de Reserva, por meio da Resolução ANEEL n.º 452/2011. Utilizando-se desse mecanismo, os empreendimentos de geradores de biomassa podem ceder ou adquirir energia ou energia/lastro mensalmente de outros vendedores de um mesmo Leilão de Energia de Reserva. No entanto, tal possibilidade é apenas aplicável aos vendedores que já estejam em operação comercial ou com usinas que estejam com atraso inferior a doze meses. O valor será liquidado ao PLD do mês em que ocorrer a cessão. Caso os vendedores do CER não apresentem lastro suficiente para a venda de energia, os artigos 7º e seguintes da Resolução ANEEL n.º 452/2011 impõem a aplicação de penalidades específicas a estes.

7.7 MECANISMO DE COMPENSAÇÃO DE SOBRAS E DÉFICITS - MCSD

Os CCEARs provenientes de leilões de energia existente, ou seja, de empreendimentos de geração que atendam os requisitos dos art. 17 da Lei n.º 10.848/2004 e art. 22 do Decreto n.º 5.163/2004, já apresentados no tópico específico deste capítulo, devem prever a possibilidade de redução dos montantes contratados pelas distribuidoras. Tal redução da quantidade de energia originalmente contratada pode se dar apenas por conta da saída de consumidores potencialmente livres de seus mercados, variações de mercado e acréscimos na aquisição de energia de contratos firmados antes de 16 de março de 2004, conforme estabelece o art. 29 do Decreto n.º 5.163/2004.

Entretanto, de acordo com o inciso I do parágrafo 2º do mesmo artigo, essa redução poderá ocorrer somente após a utilização de Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits (MCSD), de modo a promover o repasse de energia de agentes de distribuição superavitários para aqueles que possuem déficits. Em outras palavras, tal mecanismo irá permitir que os agentes de distribuição compensem entre si suas sobras e déficits de energia. Tal possibilidade de compensação visa evitar e mitigar o impacto econômico de possíveis reduções de contratação às geradoras, e minimizar a aplicação de penalidades por insuficiência de lastro de energia aos distribuidores com cobertura contratual insuficiente de sua carga.

Com a cessão, serão transferidos direitos e obrigações referentes às quantidades de energia dos CCEARs do cedente para o cessionário, proporcionalmente à sua energia contratada. De acordo com o art. 1º da Convenção de Comercialização, a cessão será formalizada por meio de Termo de Cessão, em que serão estabelecidas as condições gerais do negócio, a ser firmado entre cedente e cessionário com a interveniência do agente vendedor.

O MCSD terá aplicação apenas com os CCEARs de modalidade por quantidade de energia, e se subdividem em três modalidades diferentes, de acordo com as Regras de Comercialização[497]: MCSD Mensal; MCSD Trocas Livres; e MCSD 4%. Para compensar a saída de consumidores potencialmente livres e o acréscimo de energia de contratos anteriores à Lei n.º 10.848/2004, as cessões se

---

[497] CCEE. *Regras de Comercialização – MCSD* ..., p. 7-8.

darão por meio do MCSD Mensal. As duas modalidades seguintes, MCSD Trocas Livres e MCSD 4%, serão utilizadas para compensar desvios de mercado dos agentes de distribuição. O MCSD Trocas Livres será realizado semestralmente, de acordo com calendário proposto pela CCEE, e o MCSD 4% será realizado anualmente antes das declarações de compra dos leilões de energia existente. Não serão apresentados aqui os detalhes de cada uma dessas modalidades do MCSD, uma vez que estas possuem particularidades muito específicas, que ultrapassam o objetivo aqui proposto, de apenas apresentar uma visão panorâmica das figuras contratuais do ACR.[498]

O valor do preço da energia nas cessões que se derem pelo MCSD será correspondente ao preço de venda do agente cedente no CCEAR resultante do leilão originário. De forma geral, os cessionários pagarão esse preço atualizado pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), na forma definida nas Regras de Comercialização aplicáveis.[499]

As modalidades acima referidas do MCSD implicam em alterações dos volumes contratados pelas distribuidoras com sobras perante os agentes de geração no ACR, que são redirecionados, antes do efetivo fornecimento da energia, a outros agentes de distribuição que apresentam déficits. Contudo, existe ainda uma outra modalidade de MCSD em que a compensação ocorre após o fornecimento, o MCSD *Ex post*. Tal modalidade visa unicamente redistribuir os volumes contratados, de forma a adequar os montantes contratados à carga verificada, a fim de evitar ou minorar a aplicabilidade de penalidades no âmbito da CCEE. Dessa forma, esta é executada em janeiro de cada ano, com base no ano civil anterior, antes do cálculo das penalidades por insuficiência de cobertura de consumo dos agentes de distribuição. As cessões, neste caso, se dão de forma multilateral, sem a identificação de pares de cedentes e cessionários, e terão como finalidade única evitar a aplicação de penalidades. Desta forma, não serão alterados os volumes contratados com os agentes de geração nem as quantidades sazonalizadas.[500]

---

[498] Sobre a apresentação detalhada do processamento das diferentes modalidades de MCSD ver: *ibidem,* p. 7-74.

[499] *Ibidem*, p. 87-91.

[500] CCEE. *Regras de Comercialização – MCSD* ..., p. 75-86. CCEE. *Visão geral das operações* ..., p. 73-74.

Verifica-se que as cessões de energia, por meio do MCSD, consistem em transmissão de obrigações. Contudo, não serão feitas aqui novas considerações a respeito da cessão de energia elétrica no plano obrigacional, uma vez que estas já foram adequadamente expostas no capítulo referente aos contratos de cessão de energia no ACL. Ambas as figuras, os Contratos de Cessão de Energia no ACL e os Termos de Cessão no ACR, embora possuam caracteres muito distintos entre si, partem de uma base comum, no que toca ao direito das obrigações, podendo, desse modo, ser consideradas análogas em certa medida. Desta forma, em relação às categorias comuns das referidas modalidades contratuais, remete-se às indicações já apresentadas no tópico pertinente do capítulo, que versa sobre cessão de energia no ACL.

7.8 CONTRATOS DE GERAÇÃO DISTRIBUÍDA

Como última modalidade a ser apresentada no Ambiente de Contratação Regulada, indica-se os contratos de geração distribuída. Embora o Módulo 3.1. dos Procedimentos de Comercialização da CCEE insira os contratos de geração distribuída no Ambiente de Contratação Livre[501], considera-se, neste estudo, que tais contratos, quando realizados por meio de chamada pública, estariam inseridos no Ambiente de Contratação Regulada. Isso porque se destinam ao abastecimento das distribuidoras de energia elétrica e porque sua formação não se dá por meio de livre contratação, mas sim, a partir de condições reguladas pela legislação vigente, em especial o Decreto n.º 5.163/2004, a Resolução ANEEL n.º 165/2005 e o Módulo n.º 8 dos Procedimentos de Distribuição da ANEEL (Prodist).

A geração distribuída é prevista no Decreto n.º 5.163/2004, sendo definida pelo seu art. 15 da seguinte forma:

> Art. 14. Para os fins deste Decreto, considera-se geração distribuída a produção de energia elétrica proveniente de empreendimentos de agentes concessionários, permissionários ou autorizados, incluindo aqueles tratados pelo art. 8º. da Lei no 9.074, de 1995, conectados diretamente no sistema elétrico de distribuição do comprador, exceto aquela proveniente de empreendimento:

---

[501] CCEE. *Procedimentos de Comercialização – Submódulo 3.1* ..., p. 3.

I - hidrelétrico com capacidade instalada superior a 30 MW; e

II - termelétrico, inclusive de cogeração, com eficiência energética inferior a setenta e cinco por cento, conforme regulação da ANEEL, a ser estabelecida até dezembro de 2004.

A partir de tal definição, verifica-se que segundo o legislador o caractere diferenciador da geração distribuída em relação à geração convencional/centralizada é a conexão do agente gerador no mesmo sistema de distribuição do comprador.[502] Desta forma, os empreendimentos de geração distribuída não estão conectados ao SIN, nem submetidos ao despacho ou programação do ONS ou comercialização na CCEE.[503] Todavia, faz-se necessária a inclusão de tais contratos no presente estudo, uma vez que estes fazem parte da formação da cobertura de mercado dos agentes de distribuição, na forma do art. 13, III, a, do Decreto n.º 5.163/2004, influenciando, assim, a formação de outros contratos no ACR.

A contratação de geração distribuída, para ser considerada como tal, deve ser feita exclusivamente pelo distribuidor a que está conectada a unidade geradora. Por estar destinada ao abastecimento de agentes de distribuição, deverá ser precedida de chamada pública de interessados a ser promovida por este último. Tal

---

[502] Mauro Moura Severino e outros propõem uma classificação de geração distribuída mais ampla que tal critério: “[Geração Distribuída] GD é a denominação genérica de um tipo de geração de energia elétrica que se diferencia da realizada pela geração centralizada por ocorrer em locais em que não seria instalada uma usina geradora convencional, contribuindo para aumentar a distribuição geográfica da geração de energia elétrica em determinada região. Considerando-se a definição anterior, propõe-se o seguinte detalhamento explicativo para um caso particular de GD: Uma fonte de energia elétrica é considerada caso particular de GD quando ela: (a) está conectada diretamente a rede de distribuição; (b) está conectada do lado de um consumidor conectado a algum ponto do sistema elétrico; (c) supre cargas elétricas de uma instalação eletricamente isolada; (d) está conectada diretamente a rede de transmissão, desde que, neste caso, ela não possa ser considerada caso pertencente à geração centralizada.” SEVERINO, Mauro Moura; CAMARGO, Ivan Marques de Toledo; OLIVEIRA, Marco Aurélio Gonçalves de Oliveira. Geração distribuída: discussão conceitual e nova definição. *Revista Brasileira de Energia,* São Paulo, v. 14, n. 1, p. 66, 2009.

[503] A geração distribuída implica na descentralização da atividade de geração de eletricidade, em unidades menores, pulverizadas ao longo da malha, o que implica em vantagens que favorecem a sua implantação: “Deste ponto de vista, três tendências independentes estão formando a base para uma possível introdução difundida da geração descentralizada: a reestruturação do setor energético, a necessidade do aumento de capacidade do sistema e os avanços tecnológicos dos acionadores primários. Conforme já salientado, a GD refere-se à geração elétrica em pequena escala (modulares) para consumidores integrados ou isolados, localizados perto do ponto de consumo final. Isto engloba os segmentos industrial, comercial e residencial. Localizando a GD a jusante na rede de distribuição de potência pode-se obter benefícios para consumidores e/ou para o próprio sistema de distribuição (caso esteja interligado à rede). Além disso, instalações de GD podem operar isoladas e serem utilizadas em uma ampla faixa de aplicações, para consumidores e locais onde plantas centralizadas poderiam ser impraticáveis.” DIAS, Marcos Vinícius Xavier; BOROTNI, Edson da Costa. HADDAD, Jamil. Geração distribuída no Brasil: oportunidades e barreiras. Revista Brasileira de Energia, São Paulo, vol. 11, n. 2, 2. sem. 2005, p. 2.

medida visa garantir a publicidade, transparência e igualdade de acesso aos interessados, consoante indica o art. 15, do Decreto n.º 5.163/2004.[504] A quantidade total da energia a ser contratada desta forma não pode exceder a dez por cento da carga total do distribuidor no momento da contratação, com base na carga dos doze meses precedentes.[505]

O preço será definido na chamada pública, sendo possível o repasse deste às tarifas dos consumidores finais até o “limite do Valor Anual de Referência – VR vigente no ano de início da entrega da energia contratada e, nos reajustes subsequentes, no valor atualizado pelo IPCA”.[506] Caso ocorram atrasos na entrada de operação comercial das unidades geradoras, o agente distribuidor deverá contratar energia no mercado de curto prazo.

Com a explanação sobre o presente contrato, restaram apresentadas as principais modalidades de contratação no SIN e concluída a exposição sobre o Ambiente de Contratação Regulada. Sendo este o último tópico, adentra-se às conclusões finais na sequência.

---

[504] O art. 2, II, da Resolução ANEEL n.º 167/2005 inclui como geração distribuída os contratos firmados por decorrência do processo de desverticalização da cadeia produtiva de energia, estabelecido pela Lei n.º 10.848/2004. Entretanto, tais contratos estariam inseridos no Ambiente de Contratação Livre, em conjunto com os demais contratos firmados pelas distribuidoras antes de 15 de março de 2004, conforme já exposto no Capítulo referente ao ACL. Nesse caso, são livres as condições de contratação, exceto o preço, que será determinado por meio de tarifa a ser definida pela ANEEL na forma dos artigos 6º e seguintes da Resolução ANEEL n.º 165/2005 e art. 70, §2º, do Decreto n.º 5.163/2004.

[505] Conforme art. 15, §2º, do Decreto n.º 5.163/2004 e art. 3º da Resolução ANEEL n.º 165/2005.

[506] Conforme art. 3º, §3º da Resolução ANEEL n.º 165/2005.

CONCLUSÃO

O caminho percorrido ao longo do presente estudo buscou analisar como se dão, no plano dos contratos, as operações econômicas de comercialização de energia elétrica, permitindo-se alcançar algumas conclusões.

Primeiramente, tem-se claro que a noção de contrato é necessariamente histórica e irá variar de acordo com a perspectiva econômico-social na qual este está inserido. Nesse sentido, a estruturação da ordem econômica, com diferentes formas atuação do Estado na economia, é central para a determinação do papel que o contrato exerce na vida social.

Na passagem dos modelos do Estado Liberal para o Estado Social, se fez necessária a construção de novos princípios aplicáveis ao contrato, assentados principalmente, na passagem da autodeterminação individual clássica para uma perspectiva funcionalizada, orientada a fins sociais. Por sua vez, com o processo de reformas, o Estado brasileiro passou pela década de 1990, em que setores tipicamente ligados à atividade econômica estatal, principalmente na área de infraestrutura, foram privatizados, ainda sob uma perspectiva formal, mediante atos de outorga de concessão, permissão ou autorização para agentes privados. Tal processo de reformas, diferentemente da Europa, não foi suficiente para a construção de um Estado Regulador (ou Estado Pós-Social, Estado Garantia) no país, uma vez que foram mantidos no texto constitucional os fundamentos do modelo de Estado Social estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Ao trazer a gestão de tais atividades para ser exercida por agentes privados e públicos em um regime de mercado competitivo, passou-se a demandar maior intervenção pública no interior das relações econômicas a serem entabuladas por tais agentes, por meio da intensificação da regulação estatal da economia. Para tanto, foram criadas agências reguladoras independentes com caráter eminentemente técnico que, utilizando-se do saber específico da área de conhecimento relativa ao seu setor de atuação, estabelecem estruturas regulatórias para a conformação das atividades econômicas situadas na sua área de abrangência – no caso tratado no presente trabalho assume relevo o setor elétrico.

Por paradoxal que pareça, a redução do tamanho do Estado implicou em aumento da intervenção pública no âmbito das relações interprivadas, e no conteúdo do contrato, incluindo-se, em tal contexto, os contratos de comercialização de energia.

Com o incremento da regulação jurídica de setores econômicos específicos, se dá proliferação de centros normativos, que reúnem aspectos de direito público e de direito privado, necessários para o delineamento das atividades a serem desempenhadas a objetivos que transcendem os interesses imediatos de seus atores. O exercício da gestão por os agentes privados das atividades econômicas que era até então estatal, mesmo que acentue a incidência de aspectos de direito privado nas relações jurídicas decorrentes, não implicou na transferência destas para codificação civil. Ao invés disso, ocorre a estruturação dos arcabouços regulatórios normativos setoriais, microssistemas que conjugam aspectos públicos e privados, necessários para conformar o agir privado adequadamente a fins ligados à justiça social. Embora a multiplicidade de centros normativos implique em um processo de fragmentação do regramento de tais atividades, a unidade axiológica destas se encontra no texto constitucional, assentado sob o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os contratos, sob tal perspectiva, passam a ter a missão de refletir tal complexidade, de forma a ser possível abarcar a formalização jurídica das operações econômicas necessárias para a consecução das atividades em questão. O definido nas estruturas de regulação setorial, aqui ressaltando o setor elétrico, vem a integrar o conteúdo do contrato, de modo a minorar a autonomia privada, a fim de compatibilizá-la aos interesses da coletividade, assentados nos valores emanados da Constituição.

Passou-se, então, a analisar o objeto mediato das relações contratuais em questão. A energia elétrica, de acordo com a construção doutrinária e jurisprudencial que culminou no art. 83, inciso II, do Código Civil de 2002, é definida como bem móvel. Todavia, essa classificação tem por único intuito garantir mecanismos jurídicos relacionados à sua apropriação, seja para a tipificação da conduta de furto por apropriação indevida, ou, ainda, para a estruturação de mecanismos para o tráfego jurídico. Desconsidera, portanto, a dimensão social do bem, tanto em relação

à sua essencialidade, quanto ao seu custo social. Em relação à essencialidade, é possível a aplicação da teoria proposta por Teresa Negreiros, em que a classificação dos bens poderia ser feita tendo-se como base o princípio da dignidade da pessoa humana, para a tutela do mínimo existencial. Desta forma, os bens deveriam ser classificados em relação à destinação existencial, contraposta à destinação meramente patrimonial.

No caso da energia elétrica, encontram-se fortes indícios de sua essencialidade, tanto no plano dos direitos humanos no âmbito internacional, quanto no plano dos direitos fundamentais, como meio de acesso a direitos fundamentais sociais reconhecidos nos art. 7º e 8º da CF/1988. Além disso, no plano infraconstitucional, podem ser apontados, como indícios de reconhecimento da essencialidade da energia elétrica, as disposições do art. 9, I, da Lei n° 7.783/89, art. 2º, parágrafo único, da Lei de Crimes Contra a Economia Popular (Lei n.º 1.521/1951), Decreto n° 4.873/2003. No âmbito da jurisprudência, o reconhecimento pelos tribunais brasileiros da impossibilidade de desligamento da energia de consumidores cativos, em diversas circunstâncias específicas. Já a questão do custo social da energia, encontra-se ligada ao princípio da equidade intergeracional, ou equidade no acesso aos recursos naturais em relação às futuras gerações, positivado no art. 225 da nossa Carta Magna. Verifica-se, dessa forma, que o bem energia elétrica possui uma tensão interna, entre a sua essencialidade para a sociedade e o seu custo social de produção, que se reflete na atuação estatal nas relações destinadas à sua geração e ao seu fornecimento.

A orientação das relações de troca do bem em questão se dá em estruturas econômicas que possuem por base menor ou maior competição entre os agentes setoriais. Nesse sentido, são apresentados os modelos competitivos para o setor de energia propostos por Sally Hunt e Graham Shuttleworth, em que grau de competição na cadeia produtiva de energia aumenta progressivamente entre as diferentes estruturas de mercado propostas, nas quais os contratos são a base para a integração e eficiência da cadeia produtiva. Nas estruturas apresentadas pelos autores, na medida em que se incrementa a competição aumenta a importância do papel dos contratos. A ideia nuclear da passagem de modelos monopolísticos do setor de energia para modelos competitivos é a separação do transporte da energia

(que se dá por meio de redes de transmissão e distribuição, que consistem em monopólios naturais) da eletricidade transportada (que pode ser comprada e vendida em regime de competição). Os autores indicam quatro possíveis modelos competitivos, apresentados em ordem crescente de competição e decrescentes em relação à atuação direta do Estado: monopólios verticalmente integrados; competição por comprador único; competição no atacado; competição no varejo.

Ao aplicar tais modelos à realidade brasileira, verificou-se que a estruturação inicial do setor elétrico se deu por meio de monopólios privados regionais, em que empresas privadas monopolistas detinham todas as etapas da cadeia produtiva em cidades específicas ou regiões. Tal modelo começa a apresentar sinais de desgaste e passa a ocorrer no país, principalmente a partir do Código de Águas e da Constituição Federal de 1932, um progressivo processo de federalização das competências relacionadas à atividade de produção de energia elétrica e, ao final do Governo Vargas, de estatização das cadeias produtivas, criando-se monopólios estatais verticalizados de caráter nacional. Esse processo culmina com os grandes projetos de Itaipu e Tucuruí, bem como com a aquisição da *Light* pela Eletrobrás, ao final da década de 1970. Por sua vez, esse modelo centralizado na atividade estatal dá sinais de fadiga a partir da década de 1980, em decorrência de pesados déficits setoriais e limitações no investimento para a ampliação do parque gerador.

No início da década de 1990, inicia-se um processo de privatização das empresas do setor elétrico e da construção de marcos legais, capazes de reorganizar a atividade setorial em estruturas desverticalizadas, baseadas na competição, a partir de empresas públicas e privadas. Nesse momento passam a ter maior relevância os contratos de comercialização. Aliás, a obrigatoriedade de relacionamentos comerciais entre as empresas de eletricidade que fossem baseados em contratos apenas passou a existir com a Lei n.º 8.631/1993. Na mesma época surgem os principais marcos legais para a substituição do modelo de monopólio vertical, para uma estrutura desverticalizada de setor elétrico, merecendo destaque a Lei n.º 9.074/1994 e a Lei 9.427/1996 (que criou a ANEEL). É implementada então a Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro, por meio da Lei n.º 9.648/1998, que tem como foco a liberalização da comercialização de eletricidade no país, que passa a se dar por meio de contratos bilaterais livremente

pactuados no Mercado Atacadista de Energia (MAE). Nessa mesma lei também é estabelecido o despacho independente de energia, com a criação do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS). Ao se analisar a estrutura competitiva estabelecida por tal marco normativo, verifica-se a criação de um modelo híbrido de competição no atacado e no varejo, em que os relacionamentos entre os diversos agentes de mercado se dá, sobretudo, por meio de contratos de comercialização de energia. De igual forma, reduz-se a atuação direta do Estado e aumenta o grau de intervenção normativa nas relações contratuais de comercialização de energia.

No entanto, a crise energética de 2001, demonstra a insuficiência desse marco regulatório e enseja a realização de nova reforma setorial em 2004, com a Lei n.º 10.848/2004 e Decreto n.º 5.163/2004. Como principais medidas no âmbito da comercialização de energia decorrente de tal reforma, indica-se a proibição da autocontratação de energia às empresas distribuidoras e, mais importante, a criação de dois ambientes de comercialização distintos para a negociação de energia: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e o Ambiente de Contratação Livre (ACL). No ACR, a competição se dá por meio de um modelo de comprador único em que as empresas distribuidoras adquirirão de forma conjunta toda a energia ofertada por meio de leilões. No ACL, podem participar os comercializadores de energia, consumidores livres e especiais, mantendo-se o regime de livre contratação anterior. O núcleo central da mudança do modelo setorial anterior para essa estrutura de mercado, que passa a ser de competição por comprador único e por varejo, se dá, fundamentalmente, na forma de contratação de energia e no diferente papel que os contratos assumem. Ao final da primeira parte foram ainda apresentados os agentes da cadeia produtiva e o diferente papel que eles possuem na comercialização de energia.

Na segunda parte do estudo adentra-se na análise das relações contratuais de comercialização de energia em si. Inicialmente, foram apresentadas problematizações quanto à operação econômica de base, quais sejam: que a comercialização de eletricidade se dá em um sistema interligado de transmissão; que existem sobras e déficits de eletricidade reciprocamente entre os diversos agentes inseridos em tal sistema; há a necessidade de um operador externo que otimize os recursos disponíveis; e que as particularidades do sistema hidrotérmico

demanda a utilização racional dos recursos energéticos de forma coordenada.

No sistema brasileiro, quem exerce o papel esse papel de coordenação dos aspectos físicos e econômicos do sistema de transmissão é o ONS. Que decide qual usina irá despachar de acordo com a ordem de mérito, utilizando-se dos critérios de menor custo marginal de geração e segurança energética, de forma a otimizar o sistema interligado de transmissão e seus subsistemas. Desta forma, a decisão de produzir ou não eletricidade não cabe aos agentes de geração, mas aos agentes integrantes do SIN. Para a previsão da carga a ser consumida pelo sistema é importante a obrigatoriedade de contratação prévia da integralidade do consumo previsto pelos agentes. Na comercialização dessa energia em um mercado competitivo, é necessário compatibilizar o plano físico com as operações realizadas plano contratual, por meio da contabilização e liquidação de diferenças no mercado de curto prazo. Essa incumbência é atribuída à CCEE, composta por todos os agentes que fazem parte do SIN.

No âmbito obrigacional, demonstrou-se inicialmente que a comercialização de eletricidade é caracterizada de forma análoga a um contrato de compra e venda por documentos. As operações de comercialização atendem, assim, aos elementos da compra e venda clássica: coisa, preço e consenso, ainda que de forma específica às particularidades da operação econômica de base. Tendo em vista que é ficta a tradição da energia comercializada, é possível caracterizar a relação por analogia à compra e venda por documentos.

Porém, constatou-se que as estruturas contratuais clássicas não dão conta de explicar o regime de comercialização de eletricidade no sistema hidrotérmico brasileiro, de acordo com o marco regulatório atual. Para tanto se apresentou a formalização da operação econômica de base em dois planos principais. Um primeiro plano bilateral, conforme exposto, análogo a uma relação de compra e venda por documentos, em que comprador e vendedor realizam a tradição ficta da energia que será injetada e consumida do sistema interligado de transmissão. Aliado a tal plano há um segundo, em que se dá o relacionamento plurilateral de compradores e vendedores, simultaneamente com todos os agentes de mercado, no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia (CCEE). Ambos os planos estão interligados em uma estrutura de redes contratuais, que visam compatibilizar três

ordens de tensão: interna ao objeto das operações de comercialização, fundada na essencialidade e no custo social da eletricidade; o processo de permanente de competição e cooperação, polarizado pela finalidade de se obter a circulação de eletricidade; e os interesses dos agentes de mercado em auferirem lucros com a referida operação econômica, e o interesse do Estado em garantir o fornecimento de energia.

Em seguida foram apresentadas as peculiaridades do inadimplemento contratual em tal contexto, na qual foi constatado, principalmente, que este ocorre de diferentes maneiras nos planos plurilateral e bilateral. No primeiro caso, as obrigações decorrem da compra e venda por documentos, principalmente ao fornecimento ao comprador de um título que garanta a ele lastro ou cobertura de carga e potência associada à energia que será por si consumida ou revendida a outros agentes (no caso das distribuidoras, a que será fornecida aos seus consumidores cativos). Por sua vez, no plano plurilateral, as obrigações decorrem do vínculo dos agentes com a CCEE, em que os efeitos do inadimplemento das obrigações decorrentes podem, inclusive, ensejar a exclusão do agente do mercado. A lógica do sistema impõe, principalmente ao vendedor, a distribuição dos riscos pela energia contratada, obrigando este a adquirir energia no mercado de curto prazo para honrar o seu lastro de venda e manter o contrato.

Nos dois últimos capítulos foram analisadas as diferentes modalidades contratuais do ACL e do ACR, cuja nota distintiva principal é o grau de intervenção estatal no processo de formação do contrato e o espaço da autodeterminação individual. Ainda, que em nenhum dos casos haja plena autonomia aos contratantes; nos contratos do ACR, esse grau de autonomia é ainda menor, tendo em vista a sua finalidade de fornecimento de energia elétrica aos consumidores cativos.

No ACL as relações contratuais são baseadas na livre negociação das partes, sendo possível a compra de energia em tal mercado por consumidores livres e por agentes comercializadores. Não obstante, essa autonomia não é plena, tendo em vista que transaciona um bem essencial, estando submetida ao marco regulatório do setor elétrico, e sofrendo as limitações decorrentes deste. A principal espécie contratual do ACL é o CCEAL, que registrado na CCEE, identifica um relacionamento comercial estabelecido entre determinado agente vendedor e outro

agente comprador no processo de contabilização e liquidação. Como conteúdo mínimo desses contratos, de acordo com as Regras e Procedimentos de Comercialização pertinentes, é necessária a definição de montantes de energia e de potência, prazos, preços e garantias financeiras. Os CCEAL comportam duas subespécies contratuais: os Contratos de Comercialização de Energia Incentivada e os Contratos de Cessão de Energia.

Os CCEI foram estabelecidos pelo legislador com o intuito de promover a produção energética por fontes alternativas e de menor porte, ao oferecer descontos não inferiores a 50% sobre as tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão (TUSD e TUST). Poderão vender sua energia os agentes geradores incentivados, que de forma geral se caracterizam como geradores de menor porte e que se utilizam de fontes renováveis para produzir eletricidade, nos termos da estrutura normativa vigente.

Os agentes do ACL poderão ceder a energia por eles adquirida por meio de Contratos de Cessão de Energia. Em tais contratos os direitos e obrigações serão os mesmos do contrato original, que também pode ser um contrato de cessão, registrado e validado na CCEE. No plano do direito obrigacional, a cessão constitui hipótese de transmissão de obrigação que, quando exercida por compradores, importará em cessão de crédito. A cessão não converte o comprador em comercializador de energia, pois não há tradição ficta de energia, como ocorre com os contratos de compra e venda. Ocorre tão somente a cessão do crédito do cedente perante o vendedor originário, passando a referida relação jurídica a ser trilateral. Há, assim, interdependência entre os contratos, restando a eficácia do segundo condicionada ao primeiro.

Demonstrados os aspectos gerais dos contratos do ACL passou-se a analisar a contratação de energia no ACR, que possui como polo comprador as distribuidoras de energia e tem por objetivo em última instância o atendimento dos consumidores cativos. Os ACR estão assentados sob três premissas básicas: a obrigatoriedade das distribuidoras adquirirem energia exclusivamente em tal ambiente de comercialização; a necessidade de contratação prévia de 100% da carga projetada para o atendimento do seu mercado consumidor; a aquisição da energia por parte das distribuidoras, mediante processo licitatório específico, embora

a carga destas possa ser complementada ou por outras formas de contratação do ACR.

A principal forma de contratação do ACR é o CCEAR, no qual o processo de formação do contrato é público. Assim, contratação de energia por parte das distribuidoras de energia se dá por meio de licitação na modalidade de leilão. Tais leilões são realizados de forma reversa que se utiliza de um modelo misto (anglo-holandês de relógio decrescente), possuindo a menor tarifa como critério de decisão. Os leilões dos CCEARs dividem-se de acordo com estágio de desenvolvimento dos projetos de geração e o prazo de entrega da energia. Para a geração já existente, destinada ao suprimento da demanda atual das empresas de distribuição, produzida por empreendimentos que já estão instalados à época de realização do leilão, este é designado como A-1. Por sua vez, para novos empreendimentos de geração, que ainda não possuem ato de outorga na data do leilão, e se destinam a cobrir o abastecimento da demanda futura das distribuidoras, são denominados como Leilões A-5. A energia é adquirida por meio de comprador único, consubstanciado na EPE, que representa todos os agentes de distribuição, posteriormente, a eletricidade é repartida de acordo com as necessidades declaradas pelos agentes de distribuição. Além disso, os CCEARs podem se subdividir em CCEARs: por quantidade, nos quais os riscos hidrológicos são atribuídos aos agentes vendedores; e CCEARs por disponibilidade que, por sua vez, invertem a distribuição dos riscos hidrológicos, passando estes a ser assumidos pelos agentes de distribuição, cabendo aos geradores a garantia da disponibilidade de gerar a energia contratada.

Paralelamente aos CCEARs, outros mecanismos de contratação do ACR complementam o lastro de cobertura de carga das distribuidoras. Dentre estes figuram os contratos de Itaipu Binacional, nos quais a energia produzida pelo empreendimento é comercializada pela Eletrobrás, repartindo-a aos agentes cotistas das Regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste. Para o incentivo de produção de eletricidade proveniente de PCHs, fontes eólicas e biomassa, foram estabelecidos os Contratos do PROINFA, por meio dos quais a energia é adquirida em chamadas públicas pela Eletrobrás e rateada entre os cotistas do programa. Os Contratos de Leilão de Ajuste têm por base leilões específicos para a complementação da eletricidade necessária ao atendimento integral dos mercados dos agentes de

distribuição, com prazos de suprimento de até dois anos. Já os Contratos de Cota de Garantia Física decorrem das reformas implementadas em 2012, as quais impuseram aos concessionários de geração, que demonstraram interesse na renovação de suas concessões, a obrigatoriedade de fornecer às distribuidoras cotistas a energia por eles gerada por meio de tarifas reguladas pela ANEEL. Por sua vez, os Contratos de Energia de Reserva e Contratos de Uso de Energia de Reserva visam garantir a continuidade no fornecimento de energia elétrica, com a contratação de reserva de capacidade de geração em leilões específicos pela CCEE, essa energia é liquidada no mercado de curto prazo e remunerada pelo Encargo de Energia de Reserva, cobrado de todos os agentes da categoria de consumo. Para as cessões de energia entre os agentes de distribuição do ACR foi estabelecido o Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits, de forma a evitar e mitigar o impacto econômico de possíveis reduções de contratação às geradoras, e minimizar a aplicação de penalidades a estas por insuficiência de lastro de energia. Finalmente, os Contratos de Geração Distribuída disciplinam a aquisição pelos distribuidores de energia proveniente de geradores conectados diretamente às redes de distribuição mediante a realização de chamadas públicas.

Em apertadíssima síntese, essas são as conclusões gerais da presente pesquisa. Como principais constatações, considera-se que a representação dos contratos de comercialização de eletricidade como estruturas análogas aos contratos de compra e venda contra documentos, pode ser um dos caminhos interessantes para resolver o plano bilateral da relação em questão. Além disso, a própria conformação dos planos em bilaterais e plurilaterais pode vir a ser uma contribuição para a temática. Por tratar-se de um dos primeiros trabalhos sobre o tema na literatura brasileira, procurou-se, principalmente nos capítulos da segunda parte, referentes ao ACL e ACR, sistematizar e regulação jurídica de cada uma das modalidades contratuais, ao invés de se apressar em criticá-las, o que pode ter implicado numa certa perda de densidade teórica. Além disso, outra crítica ao estudo pode se dar em relação à amplitude dada na primeira parte ao tema da competição e na formação da estrutura regulatória brasileira do setor de eletricidade. No entanto, pretendeu-se apresentar o atual modelo setorial de forma coerente e contextualizada, ao invés de simplesmente detalhar de forma isolada cada um dos

seus elementos. Ademais, diversos dos caracteres ainda hoje vigentes encontram-se disciplinados nos modelos competitivos anteriores, sendo este outro motivo importante para apresentar o tema de tal forma.

Como possíveis aprofundamentos futuros, menciona-se certamente a necessidade de entrelaçar a presente análise com a questão do serviço público e atos de outorga do setor de eletricidade. Outro aspecto de interesse, intrinsecamente ligado ao citado tema do serviço público, se dá na interface das relações contratuais de longo prazo dos agentes com o Estado com as relações de comercialização.

Como palavras finais, pretende-se ressaltar que o presente trabalho ora findo, nada mais é do que um começo. São necessários ainda diversos aprofundamentos teóricos a respeito dos aspectos jurídicos da comercialização de energia no Brasil. A maior parte dos trabalhos existentes sobre o tema partem das áreas de engenharia elétrica ou de economia. Além disso, mostram-se importantes também estudos transdisciplinares que inter-relacionem o estudo do direito civil com aspectos de direito econômico. Sem a conjugação entre ambas as disciplinas não é possível a adequada compreensão das relações entre agentes privados em setores regulados.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro:* subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências.* 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965.

ÁLVARES, Walter Tolentino. *Direito da Energia. Belo Horizonte: Instituto de Direito da Eletricidade, 1974, vol 1.*

_______. *Direito da Energia. Belo Horizonte: Instituto de Direito da Eletricidade, 1974, vol 2.*

_______. *Instituições de Direito da Eletricidade. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, vol 1.*

_______. *Instituições de Direito da Eletricidade. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, vol 2.*

ANEEL. Atlas de energia elétrica do Brasil. 3. ed. Brasília: Aneel, 2008.

______. *Cadernos Temáticos - Tarifas de Fornecimento de Energia Elétrica*. Brasília: Aneel, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio [...]. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, a. 94, v. 832, p. 115-137, fev. 2005.

AZEVEDO NETO, Floriano Marques. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 27-42, out./dez. 2009, p. 35.

BACUSSI, Alessandro. *Introdução ao conceito de energia.* Porto Alegre: UFRGS Instituto de Física, 2007.

BAJAY, Sérgio Valdir. Planejamento Energético: Necessidade, objetivo e metodologia. *Revista Brasileira de Energia*. Sociedade Brasileira de Planejamento Energético, 1989, vol. 01, n. 01.

_______; BARONE, Jussara Colombini. *Otimização do uso de balanços energéticos no Planejamento Energético Regional*. Revista Brasileira de Energia. Sociedade Brasileira de Planejamento Energético, vol. 02, n. 01, 1992.

_______; CORREIA, Tiago B.; CORREIA, Paulo B. Perspectivas de competição entre empresas privadas e estatais pela expansão da oferta de energia elétrica no Brasil – Uma proposta de modelagem, com base na teoria dos jogos. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 10, n. 1, 2004.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BARBOSA, Rui. As armas do monopólio. In: _____. *Obras completas.* Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 1991. p. 169-181.

_____. Parecer: Fornecimento de energia elétrica – Concessão William Reid & Cia – Privilégio de Concessionário e Inadimplemento por motivo de fôrça maior. In: _____. *Obras completas.* Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 1991. p. 64-85.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3209>. Acesso em: 21/10/2012.

______. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 21 out. 2012.

BERCOVICCI, Gilberto. A regulação dos potenciais de energia hidráulica e o seu "aproveitamento ótimo". *Revista de Direito Público da Economia.* Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 31-48, abr./jun. 2009, p. 32.

BERTIOL, Laércio F. *Itaipu*: modelo avançado de cooperação internacional na bacia do Prata*.* 2. ed. São Paulo: FGV, 2008.

BICALHO, Ronaldo Goulart; PINTO JÚNIOR, Helder Queiroz. Flexibilidade institucional e transformações estruturais: o caso do setor elétrico. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 10, n. 1, 2004, p. 5.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade* – para uma teoria geral da política. 4. ed. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

BOEIRA, Rogério Londero. O Desafio da Integração Sul-Americana com enfoque à Energia. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 12, n. 2, p. 1-19, 2. Sem. 2006.

BRADBROOK, Adrian J; GARDAM, Judith Gail. Placing Access to Energy Services within a Human Rights Framework. *Human Rights Quarterly.* Baltimore: The Johns Hopkins University Press, v. 28, n. 2, p. 389-415, maio 2006.

BRANCO, Catullo. *Energia elétrica e capital estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

BRASIL. MDS. *O perfil da extrema pobreza no Brasil com base nos dados preliminares do universo do Censo 2010*, p. 2. Disponível em: <www.mds.gov.br >. Data de acesso: 01/07/2011.

BRASIL. *Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Último acesso em: 03/01/2013.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise da América Latina: consenso de Washington ou crise fiscal? *Revista Pesquisa e Planejamento Econômico,* Brasília, v. 21, n. 1, p. 3-23, abr. 1991.

BURANI, Geraldo Francisco. Energia. In: GALVÃO, Luiz Ribeiro, et al. (org). *Iniciação a Conceito de Sistemas Energético para o Desenvolvimento Limpo*. São

Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. *La distinción entre lo publico y lo privado, segun la concepcion comunitária del derecho.* Madrid: Reus, 1951.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Dos bens (art. 79 a 103). In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 151-178.

CALMON, Eliana *et. al*. *Código Tributário Nacional comentado.* 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2005.

CÂMARA DE GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA. *Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica*. Disponível em: <http://antonioguilherme.web.br.com/artigos/relatoriokelman.pdf>. Acesso em 3/1/2011.

CAMARGO, Ivan Marques de Toledo; ALMEIDA, Luís Henrique Bassi. A contratação de energia de reserva no atual modelo do setor elétrico brasileiro: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Energia,* São Paulo, v. 15, n. 2, p. 7-31, 2009.

______. Análise do processo de reestruturação do setor elétrico brasileiro. *Revista Brasileira de Energia*, Itajubá, v.11, n. 2, p. 1-7, jul./dez. 2008.

CAMPOS, Clever Mazzoni. *Curso básico de direito de energia elétrica*. São Paulo: Synergia, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Marco Aurélio Lenzi; *et al* Análise dos Riscos de uma Distribuidora Associados à Compra e Venda de Energia no Novo Modelo do Setor Elétrico. *Revista Brasileira de Energia*, vol. 10, n. 1, 2004.

CARVALHO, Joaquim Francisco de; JANNUZZI, Gilberto De Martino. *Aspectos Éticos do Modelo de Planejamento do Setor Elétrico*. Revista Brasileira de Energia. Sociedade Brasileira de Planejamento Energético, 1994, vol. 03, n. 02.

CARVALHO, Orlando. *A teoria geral da relação jurídica* – seus sentidos e limites. Coimbra: Centelha, 1981.

CCEE. *Regras de Comercialização – Encargos*. ver. 2013.1.0. São Paulo: CCEE, 2013. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

______. *Procedimentos de Comercialização – Submódulo 3.1.* São Paulo: CCEE, p. 3. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 21/07/2013.

______. *Regras de Comercialização – Contratos*. ver. 2013.1.0. São Paulo: CCEE, 2013. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

______. *Infomercado.* n. 72, ago. 2013. Disponível em: <www.ccee.org.br>. Acesso em: 10/08/2013.

______. *Regras de Comercialização – Balanço Energético*. ver. 2013.1.0. São Paulo: ______, 2013. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

______. *Regras de Comercialização – Medição Contábil.* ver. 2013.1.0. São Paulo: ______, 2013. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

______. *Regras de Comercialização – Medição Física.* ver. 2013.1.0. São Paulo: ______, 2013. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

______. *Regras de Comercialização – Penalidades de Energia.* ver. 2013.1.0. São Paulo: CCEE, 2013. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

______. *Regras de Comercialização – Votos e Contribuição Associativa*. ver. 2013.1.0. São Paulo: CCEE, 2013. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

______. *Visão Geral das Operações na CCEE*. São Paulo: CCEE, [2012]. Disponível em <www.ccee.org.br>. Acesso em: 17/03/2013.

CDDPH. *Comissão especial. "Atingidos por Barragens"*. Brasília: CDDPH, 2006.

CENTRO DE MEMÓRIA DA ELETRICIDADE. *Concessões de Energia Elétrica no Brasil.* Disponível em: <http://www.memoria.eletrobras.com/serv_dnae2.asp>. Acesso: em 7/1/2011.

COASE, Ronald. *O problema do custo social*. Disponível em <www.pucrs.br>. Acesso em: 20/02/2013.

COHEN, Claude; MENDONÇA, Rosane; CHAGAS, Mônica; AGUIAR, Anna C. *O papel das tarifas de energia elétrica na queda da desigualdade de renda no Brasil.* Texto para Discussão. Rio de Janeiro: CEDE-UFF, 2008. n. 11.

CONTRA INFORME DA SOCIEDADE CIVIL. *Exame do Primeiro Informe Periódico do Governo Brasileiro sobre a Implementação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Brasil.* Brasília: DhESCA Brasil, 2009.

COSTA, Helio B. Um depoimento histórico de Catullo Branco. In: BRANCO, Adriano Murgel (org.). *Política energética e crise de desenvolvimento.* São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 43-79.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. As agências reguladoras brasileiras e a crise energética. In: ________ *Estudos de Direito Econômico.* Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 207-230.

COSTA, Pietro. O Estado de direito – uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org). *O estado de direito* – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Introdução à teoria do direito.* Coimbra: Resjurídica, 1980.

DELMANTO, Celso *et tal*. *Código Penal comentado*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUIT, Reinders; RHÖNECK. Christoph von. *Aprendizagem e compreensão de conceitos chave em eletricidade*. Rio de Janeiro: IF/UFRJ, 2010.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (BRASIL). *Balanço Energético Nacional*

2013: Ano base 2012. Rio de Janeiro: EPE, 2013.

______. *Balanço Energético Nacional 2009: Ano base 2008.* Rio de Janeiro: EPE, 2009.

_______. *A questão socioambiental no planejamento da expansão da oferta de energia elétrica*. Rio de Janeiro: EPE, 2006.

_______. *Aspectos fundamentais do planejamento energético*. Disponível em: <www.epe.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2012.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

EXÉRCITO BRASILEIRO. *Energia elétrica no Brasil – da primeira lâmpada à Eletrobrás.* Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977.

_______.

ESTEVES, Daniel Santa Bárbara. Riscos nas concessões de uso de potenciais hidráulicos para a produção independente de energia. *Revista de Direito Público da Economia.* Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 39-61, jan/mar. 2009, p. 48.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil.* São Paulo: Renovar, 2000.

_____; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Diálogos sobre direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 1-2.

FEITOSA, Maria Luiza P. de. A. M. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra, 2007.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Anotações quanto à compra e venda: análise dos dispositivos da nova codificação privada. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito contratual:* temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 581-602.

FERNANDEZ, José Carrera; PEREIRA, Rogério. O custo social da energia hidrelétrica e uma política de tarifação social ótima para o setor elétrico. *Revista Econômica do Nordeste*, Fortaleza, v. 39, n. 4, p. 466-482, out./dez. 2008.

FERREIRA, Angela Lúcia. Os donos da luz: sistemas de gestão e redes técnicas no território brasileiro. O Caso da AMFORP (1927-1939). In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL GLOBALIZACIÓN, INNOVACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE REDES TÉCNICAS URBANAS EN AMÉRICA Y EUROPA, 1830-1930*.* Barcelona: Universidad de Barcelona, 23 enero 2012.

FRANCO, Alberto Silva *et tal*. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2001. v. 2.

FORGIONI, Paula. *Fundamentos do Antitruste*. 2 ed. rev. amp. São Paulo: RT, 2005.

FURTADO, Celso. *A economia latino-americana.* 2. ed. São Paulo: Nacional, 1976.

GNESD. *Energy Access theme results.* Roskilde: GNESD, 2004.

GELLER, Howard Steven. *Revolução energética – políticas para um futuro sustentável.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

GODOI, Mauricio. *11 de setembro do setor elétrico*. Canal Energia. Disponível em:

<www.canalenergia.com.br>. Acesso em: 20/10/2013.

GOMES, Orlando. *Contratos.* 26 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOLDBLATT, David L. *Sustainable energy consumption and society.* Dordrecht: Springer, 2005.

GOLDEMBERG, José. *Energia e desenvolvimento sustentável.* São Paulo: Blutcher, 2010.

______; et al. *Energia para o desenvolvimento*. São Paulo: T. A. Queiroz, Editor, 1988.

GOMES, Gabriel Jamur; UNSIHUAY-VILA, Clodomiro. Competências e estruturas institucionais dos estados e da união para o planejamento energético: distinções e propostas para um planejamento mais preciso, efetivo e descentralizado. In: SBPE. *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Planejamento Energético*. Curitiba: SBPE, 12 a 15 ago. 2012, [CD-ROM].

GONÇALVES, João Alfredo Serra Baetas. Possível conflito de competência entre a ANEEL e a CCEE quanto à aplicação de penalidades. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Direito da Energia Elétrica no Brasil.* Brasília: UNB, 2010, p. 53-78.

GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

______; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador. In: VITAL MOREIRA (org.). *Estudos de regulação pública*. Coimbra: Coimbra, 2004. v. 1.

GONZÁLEZ, Maria Isabel. Chile. In: PAULA, Ericson de. *Energía para el desarrollo de América del Sur*. São Paulo: Mackenzie, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998.* 8 ed. rev. ampl. São Paulo Malheiros, 2003.

______. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

GREMAUD, Amaury Patrick *et al*. *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 2007.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. rev. e atual. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007.

GUIMARÃES, Flávio Borsato; et al. Avaliação das condições de atendimento à demanda máxima em horizonte decenal. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 16, n. 2, p. 7-21, 2. sem. 2010.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio. Florianópolis: Boiteux, 2006.

HOVENKAMP, Herbert. *The antitruste enterprise – principle and execution*. Cambridge: Harvard, 2005.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 7.

HUNT, Sally; SHUTTLEWORTH, Graham. *Competition and Choice in Electricity*. Nova York: John Wiley and Sons, 1996.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2011 – Energy for all: financing access for the poor.* Paris: OECD/IEA, 2011.

IPEA*. Comunicado do Ipea.* n. 51 Disponível em: <www.ipea.gov.br >. Data de acesso: 15/10/2010.

_______. *Sustentabilidade Ambiental no Brasil – biodiversidade, economia e bem-estar humano.* Brasília: IPEA, 2011.

ITAIPU. *Natureza jurídica de Itaipu.* Curitiba: Itaipu Binacional, 2004.

JAMISON, Mark A. *Industry structure and pricing: the new rivalry in infrastructure*. Norwell: Kluwer Academic Publishers, 2000.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

JOHNSON, Bruce Banner *et al*. *Serviços públicos no Brasil:* mudanças e perspectivas. São Paulo: Edgard Blücher, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

______. *Teoria geral das concessões*. São Paulo: Malheiros, 2003.

KATAOKA, Eduardo Katemi. *A coligação contratual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KERSTEN, Felipe de Oliveira. Regulação Pública da economia e defesa da concorrência no setor elétrico: repartição de competências e articulação entre a Agência Nacional de Energia Elétrica e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: Moreira, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

KIRSCHEN, Daniel; STRBAC, Goran. *Fundamentals of power system economics.* Chichester: John Wiley and Sons, 2004.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KRUGMAN, Paul. *The return of depression economics and the crisis of 2008*. New York: W.W. Norton, 2009.

LAMARÃO, Sérgio Tadeu de Niemeyer. Capital privado, poder público e espaço urbano: a disputa pela implantação dos serviços de energia elétrica na cidade do Rio de Janeiro (1905-1915). *Revista de Estudos Históricos,* São Paulo, v. 1, n. 29, p. 75-96, 2002.

LANDAU, Elena (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

______; SAMPAIO, Patrícia. O Setor Elétrico em uma visão introdutória. In: _____ (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1-26.

LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Coimbra: Almedina, 1985.

LEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo.* Trad. Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1933. *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,* Salvador, ago./out., n. 3, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14/07/2013.

LEITE, André Luís da Silva; CASTRO, Nivalde J. de. Estrutura de governança e a formação de holdings no setor elétrico brasileiro. *Estratégia e Negócios,* Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 70-83, jul./dez. 2008.

LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, a. 94, v. 832, p. 99-111, fev. 2005.

______. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003.

LIMA, Jandir Ferrera de; FERNANDEZ, José Carrera. O custo social dos recursos hídricos em bacias hidrográficas internacionais: O caso da bacia do Paraná. *Análise econômica,* Porto Alegre, a. 17, n. 32, p. 70-86, set. 1999.

LIMA, Ricardo GOBBI. Comercialização de energia – alguns conceitos e princípios. *In:* LANDAU, Elena (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 365-376.

LÔBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

______. *Obrigações.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_______. *O Contrato:* exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

_______. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 99-109.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil.* 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos empresariais – fundamentos e princípios.* Série GVLAW. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3-8.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado.* São Paulo: RT, 1998.

______. *Tratado de los contratos* – parte general. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

LOSEKAN, Luciano. *MP 579: Prorrogação das concessões e apropriação da renda inframarginal*. Disponível em: <infopetro.wordpress.com>. Acesso em: 03/04/2013.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

______. Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica: premissas gerais. *Revista de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul*, Santa Cruz do Sul, n. 28, p. 143-

191, jul./dez. 2007.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002, p. 87-117.

LUSTOSA, Isabel. Valor normativo e *self-dealing*: efeitos da sua adoção e consequências de sua extinção. In: LANDAU, Elena (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 481-196.

MACHADO, Hugo de Brito. *Temas de direito tributário.* São Paulo: RT, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2006.

MAGALHÃES, Gerusa. PARENTE, Virgínia. O mercado atacadista à câmara de comercialização de energia elétrica: a evolução de um novo paradigma regulatório no Brasil. *Revista Brasileira de Energia,* São Paulo, v. 15, n. 2, p. 59-79, 2009.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados.* São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5. t. 2, p. 147.

MCHARG, Aileen. The political economy of regulation: developments in British energy regulation under Labour. In: BARTON, Berry; BARRERA-HERNÁNDES, Lila K.; LUCAS, Alastair R (org.). *Regulating energy and natural resources*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 150-169.

MCMULLAN, J. T.; MORGAN, R., MURRAY, R. B. *Energy resources.* London: Edward Arnold, 1977.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.* 6 ed. São Paulo: RT, 2009.

MUNASINGHE, Mohan; SCHRAMM, Gunter. *Energy economics, demand management and conservation policy.* New York: Van Nostrand Reinhold, 1983.

MEDEIROS, Reginaldo Almeida. *O capital privado na reestruturação do setor elétrico brasileiro.* São Paulo: Departamento de Patrimônio Histórico, 1996.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org.). *Código Civil brasileiro no debate parlamentar elementos históricos da elaboração da Lei no 10.406, de 2002*. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara, 2012.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Código Penal interpretado*. 5. ed. atual. São Paulo, Atlas, 2005.

MME. *Modelo Institucional do Setor Elétrico.* Disponível em: <www.mme.gov.br>. Acesso em: 02/01/2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil:* parte geral. 11. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1972.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio. In: KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 10 p.

______. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 21, v. 21, p. 95-119, jan./mar. 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.

______. *Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?* [artigo enviado aos alunos dos cursos de Direito Econômico do PPGD-UFPR].

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MUMBELLI, Armando. *Bateria elétrica da Europa está nos Alpes suíços.* Disponível em: <http://www.swissinfo.ch>. Acesso em: 22/12/2012.

MUNASINGHE, Mohan; SCHRAMM, Gunter. *Energy economics, demand management and conservation policy*. New York: Van Nostrand Reinhold, 1983.

NALIN, Paulo. *Do contrato* – conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2. ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato* – novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado.* 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

NUNES, António José Avelãs. *Os sistemas econômicos*. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 409-476, jul./dez. 2011.

_____. *As voltas que o mundo dá...* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 147-176.

NUNES, Hugo Renato A; ABREU, Thiago Modesto de; ANTUNES, Flávia Mesquita. A expansão da geração e os leilões de energia no atual modelo do setor elétrico. Revista Brasileira de Energia, São Paulo, vol. 11, n. 1, 1. sem. 2005.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia.* São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Mauro Machado de; *et al*. Tarifação energética residencial urbana e rural e privatização do setor elétrico. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 14, n. 2, pp. 87-111, 2 sem. 2008.

ONS. Relatório de apuração mensal de serviços e encargos de transmissão. Outubro/2010. Disponível em: <www.ons.org.br>. Acesso em: 10/05/2013.

OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas da privatização da administração pública. In: *Os caminhos da privatização da administração pública*. Coimbra: Coimbra, 2001. p.

31-57.

______. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado.* Coimbra: Coimbra, 1998.

PACHECO, Adriane Cristina Spicciati. A contratação da compra e venda de energia elétrica pelas concessionárias de distribuição*.* In: LANDAU, Elena (org.). *Regulação jurídica do setor elétrico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 377-388.

PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Institucionais do setor elétrico brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Direito regulatório*: temas polêmicos. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PAIXÃO, Lindolfo Enesto. *Memórias do Projeto RE-SEB.* São Paulo: Massao Ohno, 2000.

PARIZATTO, João Roberto. *Furto, roubo, receptação.* Leme: Editora de Direito, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1.

______. Instituições de direito civil. 10. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3.

______. Instituições de direito civil. 12. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3.

PEREIRA JUNIOR, Amaro Olímpio. O*peração independente por subsistemas: comportamento estratégico para a geração no sistema elétrico brasileiro.* 128 p. Tese (Doutorado). COPPE-UFRJ, Rio de Janeiro, 2005.

_____. *Modelagem da operação ótima da indústria de energia elétrica no Brasil.* 76 p. Dissertação (Mestrado). COPPE-UFRJ, Rio de Janeiro, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERNAMBUCO. Sentença do Juízo de Direito de Recife/PE: "FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – Constitue furto a utilização clandestina da energia elétrica. – A energia elétrica e qualquer outra energia que tenha valor econômico é considerada 'coisa movel', sendo, pois, suscetível de subtração criminosa." *Revista Forense*, Rio de Janeiro, p. 706-707, mar. 1940.

PINTO, André Dias. *Aplicação de um mercado atacadista de água para repartição dos certificados de energia assegurada entre usinas hidrelétricas.* 100 p. Dissertação (Mestrado). COPPE-UFRJ, Rio de Janeiro, 2007.

PIRES, José Claudio Linhares; PICCININI, Maurício Serrão. *Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico*: a experiência internacional e o caso brasileiro. Rio de Janeiro: BNDES, 1998.

PNUD. *Atlas do Desenvolvimento Humano.* Brasília: PNUD, 2000. Disponível em: <www.pnud.org.br >. Data de acesso: 15 out. 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 23: § 2.792.

ELETROBRÁS. *Plano Anual do Proinfa 2013*. Rio de Janeiro: Eletrobrás, 2013.

Disponível em: <www.eletrobras.com.br>. Acesso em: 12/05/2013.

QUEIROZ, Renato Pinto. *Setor elétrico*: uma história de reformas. <infopetro.wordpress.com> Acesso em: 19/09/2013.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato* – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003.

______. O direito dos contratos e regulação do mercado. In: _____. *Direito dos contratos*: estudos. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 55-74.

RIPERT, George. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA, Luiz Pingueli. A crise energética: causas e medidas de mitigação. In: BRANCO, Adriano Murgel (org.). *Política energética e crise de desenvolvimento.* São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 81-95.

ROUSSEFF, Dilma Vana. A privatização do setor elétrico no Chile: o erro mudou. *Revista Indicadores Econômicos FEE,* Porto Alegre, v. 23, n. 2, p. 110-135, 1995.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)* – repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

POSNER, Richard A. *Natural monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute, 1999.

SALES, Claudio. Eliminando a artificialidade dos leilões de energia elétrica. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 531-534.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia* – da história. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. t. 1.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO DE USUÁRIO DE ENERGIA ELÉTRICA - COISA MÓVEL CARACTERIZADA - JULGAMENTO AFETO AO 1º TACIV/SP. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 74, v. 597, p. 72-73, jul.1985.

SAUER, Ildo *et al*. Energia elétrica no Brasil contemporâneo. In: BRANCO, Adriano Murgel (org.). *Política energética e crise de desenvolvimento.* São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 117-226.

SAUER, Ildo Luis; LONGO, Riolando. Semelhanças entre as crises energéticas na Califórnia e no Brasil. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 9, n. 1.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* Belo Horizonte, a. 8, n. 31, p. 141-167, jul./set. 2010.

SEVERINO, Mauro Moura; CAMARGO, Ivan Marques de Toledo; OLIVEIRA, Marco Aurélio Gonçalves de Oliveira. Geração distribuída: discussão conceitual e nova definição. *Revista Brasileira de Energia,* São Paulo, v. 14, n. 1, p. 47-69, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"? *Revista da Procuradoria Geral do Estado do RS*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 209-237, 2004.

SILVA, Anderson Furlan Freire da. *Direito ambiental.* Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como um processo.* São Paulo: FGV, 2006.

SILVA, Edson Luiz. *Formação de preços em mercados de energia elétrica.* Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira Silva. *Código Tributário Nacional comentado e anotado.* 4. ed. Campinas: CS, 2004.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Sebastião José de. Furto de energia electrica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 68, a. 33, fasc. 400, p. 274-275, 1936.

STEINER, Renata Carlos. Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2013. (no prelo).

STEVENSON, Rodney. Social goals and partial deregulation of the electric utility industry. *Journal of Economic Issues,* v. 28, n. 2, p. 403-413, jun. 1994.

STIGLITZ, Joseph E. *Making globalization work.* New York: W.W. Norton, 2006.

______; SEN, Amartya; FITOUSSI, Jean-Paul. *Report of the commission on the measurement of economic performance and social progress*. Disponível em: <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/en/index.htm>. Acesso em: 01/07/2011.

______, Joseph E. *La economia del sector publico*. 3 ed. Barcelona: Antoni Bosch, 2000.

SUNDFELD; Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Da regulação política à regulação técnica: o efeito da liberdade empresarial nos serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 55-62, abr./jun. 2009, p. 55.

STOFT, Steven. *Power system economics*. New York: John Wiley and Sons, 2002.

STJ. AgRg na SLS 36/CE. Rel. Min. EDSON VIDIGAL. CORTE ESPECIAL, julg. em 20.03.2006, *DJ* 03.04.2006.

_____. AgRg no REsp 854002/RS. Rel. Min. LUIZ FUX. PRIMEIRA TURMA, julg. em 15.05.2007, *DJ* 11.06.2007, p. 282.

_____. AgRg no Ag 752292/RS.Rel. Min. DENISE ARRUDA. PRIMEIRA TURMA, julg. em 21.11.2006, *DJ* 04.12.2006, p. 268.

_____. REsp 834.954/MG. Rel. Min. CASTRO MEIRA. SEGUNDA TURMA, julg. em

27.06.2006, *DJ* 07.08.2006, p. 213.

_____. REsp 914828/RS. Rel. Min. ELIANA CALMON. SEGUNDA TURMA, julg. em 08.05.2007, *DJ* 17.05.2007, p. 232.

_____. REsp 975.314/RS. Rel. Min. CASTRO MEIRA. SEGUNDA TURMA, julg. em 20.09.2007, *DJ* 04.10.2007 p. 229.

_____. REsp 621435/SP. Rel. Min. DENISE ARRUDA. PRIMEIRA TURMA, julg. em 21.09.2006, DJ 19.10.2006, p. 240.

_____. REsp 876723/PR. Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS. SEGUNDA TURMA, julg. em 12.12.2006, *DJ* 05.02.2007, p. 213.

_____. REsp 811690/RR. Rel. Min. DENISE ARRUDA. PRIMEIRA TURMA, julg. em 18.05.2006, *DJ* 19.06.2006, p. 123.

_____. REsp 816689/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julg. em 04.09.2008, *DJ-E,* 17.03.2009.

TCU. *Relatório de Auditoria da Crise Energética.* Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 03/01/2013.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. (org.). *A parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. xv-xxx.

_____. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. *Problemas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 5-25.

_____; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, v. 65, a. 17, p. 21-32, jul./set. 1993.

REGO, Erik Eduardo. *Proposta de aperfeiçoamento da metodologia dos leilões de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado*. 232 f. Tese. (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Energia – EP/FEA/IEE/IF da USP, 2012.

TIAGO FILHO, Geraldo Lúcio; *et al.* Impactos sócio-econômicos das Pequenas Centrais Hidrelétricas inseridas no Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia (PROINFA). *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 14, n. 1, 1 Sem. 2008, pp. 145-166.

TJSP. AI 0084329-28.2012.8.26.0000. Rel. Des. Pereira Calças. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julg. em 05/06/2012, DJ 06/06/2012.

_______. AI 0172797-65.2012.8.26.0000. Rel. Des. Pereira Calças. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julg. em 28/08/2012, DJ 29/08/2012.

_______. AI 0038602-12.2013.8.26.0000. Rel. Des Cristina Zucchi. 34ª Câmara de Direito Privado, julg. em 25/03/2013, DJ 11/04/2013.

_______. AI 0069785-98.2013.8.26.0000 . Rel. Des. Francisco Casconi. 31ª Câmara

de Direito Privado, julg. em 18/06/2013 , DJ 19/06/2013.

_______. AI 0214360-35.2009.8.26.0100. Rel. Des. Clóvis Castelo. 35ª Câmara de Direito Privado, julg. em 26/03/2012, DJ 27/03/2012.

TOLMASQUIM, Maurício Tiommo. *Alternativas Sustentáveis no Brasil*. Rio de Janeiro: Dumará, 2004.

______; *et al.* Visão Prospectiva da Matriz Energética Brasileira: Energizando o desenvolvimento sustentável do país. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 13, n. 1, p. 1-19, 1. sem. 2007.

TORRES, Ricardo LOBO. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro,* n. 42. Rio de Janeiro, p. 69-78, 1990.

TRAIN, Keneth E. *Optimal regulation – the economic theory of natural monopoly*. Cambridge: MIT Press, 1992.

TRF 1ª R.; Ap-RN 2008.34.00.007128-0; DF; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Souza Prudente; DJF1 18/04/2012; Pág. 20.

_______- AC: 200834000079760 DF 2008.34.00.007976-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 28/08/2013, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.126 de 09/09/2013

TRF 3ª R.; AI 0026311-86.2012.4.03.0000; SP; Sexta Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Herbert de Bruyn; Julg. 12/09/2013; DEJF 23/09/2013; Pág. 1107.

TRF 4ª R.; AI 2009.04.00.017571-0; PR; Quarta Turma; Rel. Juiz Fed. Sergio Renato Tejada Garcia; Julg. 14/10/2009; DEJF 27/10/2009; Pág. 239.

TRIBUNA do norte, Natal, 10 jan. 2012. Projeto de parque eólico de Fleicheiras deve ser readequado. *O Povo*, Fortaleza, 17 jan. 2012, p. 22.

TULLY, Stephen R. The Contribution of Human Rights to Universal Energy Access. *Northwestern Journal of International Human Rights,* Chicago: Northwestern University School of Law, v. 4, n. 3, p. 518-548, 2006.

UDAETA, Miguel Edgar Morales; *et al*. Ponderação analítica para da integração energética na América do Sul. *Revista Brasileira de Energia*, São Paulo, vol. 12, n. 2, p. 1-19, 2. Sem. 2006.

UNDP*. Energizing poverty reduction.* New York: UNDP, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível: <www.europa.eu>. Acesso em: 23-03-2013.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2.

VARGAS, Getúlio. *Carta testamento.* Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/AlemDaVida/CartaTestamento>. Acesso em 19/04/2013.

WALTENBERG, David A. M. O direito da energia elétrica e a Aneel. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 354-377.

WENGLER, John. *Managing energy risk*: a nontechnical guide to markets and trading. Tulsa: PennWell Books, 2001.

WWF*. Agenda Elétrica Sustentável 2020*. Brasília: WWF-Brasil, 2006.

YERGIN, Daniel. *The quest – energy, security, and the remaking of the modern world.* New York: Penguin, 2011.